CT 42271/03

AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO

ECC.MO CONSIGLIO DI STATO IN SEDE GIURISIDIZIONALE

Sez.VI - R.R. 10395/2004 - Ud. 06 maggio 2008

MEMORIA

Per il Ministero delle Comunicazioni in persona del Ministro p.t. e **per l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni** in persona del Presidente e legale rappresentante pro-tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato presso cui domiciliano ex lege in via dei Portoghesi, 12 - Roma,

CONTRO

CENTRO EUROPA 7 s.r.l. con gli avv.ti prof. Alessandro Pace, Ottavio Grandinetti e Giuseppe Oneglia

E NEI CONFRONTI DI

- MEDIASET S.p.A. con gli Avv.ti Luigi Medugno e Prof. Giuseppe Rossi

e

- FEDERAZIONE RADIO TELEVISIONI con il Prof.Avv. Claudio Chiola

FATTO

Torna all'esame di codesto Ecc.mo Consesso, dal rinvio operato dalla Corte di Giustizia della Comunità Europea (CGCE), la vicenda di Centro Europa 7 srl, odierna ricorrente in riassunzione a seguito della nota pronuncia della CGCE n. C-380/05, cui la presente causa è stata rimessa da codesto stesso Consiglio di Stato con ordinanza 19 giugno 2005 n. 3846.

La questione è quindi ben nota, tuttavia proprio la sentenza della CGCE e il ricorso in riassunzione notificato da controparte ci inducono necessariamente a ripercorrere le fasi più salienti in fatto e in diritto di tutta la vicenda.

La pronuncia della Corte di Giustizia.

Con ricorso 12589/2003 Centro Europa 7srl, titolare di due emittenti televisive - Europa 7 e 7 Plus - chiedeva al TAR del Lazio la condanna del Ministero delle comunicazioni e dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, anche ai sensi degli artt. 33 e 35 del D.lgvo n. 89/1998, per assegnare ad essa ricorrente una rete di impianti di radiodiffusione televisiva, essendo titolare della concessione per la radiodiffusione privata su frequenze terrestri in ambito nazionale rilasciatale dal Ministero con provvedimento del 28 luglio 1999, o in subordine la condanna delle suddette Amministrazioni all'assegnazione di canali comunque idonei a raggiungere la copertura dell'80% del territorio nazionale; in ogni caso, la ricorrente chiedeva la condanna delle medesime Amministrazioni al risarcimento dei danni subiti e subendi per la mancata assegnazione delle frequenze di cui trattasi.

Esponeva la società ricorrente che con decreto ministeriale del 28 luglio 1999 aveva ottenuto per la sua emittente EUROPA 7 la concessione per l'esercizio della radiodiffusione televisiva privata su frequenze terrestri in ambito nazionale.

La società, tuttavia, non disponendo all'atto della presentazione della domanda di concessione di una propria rete impiantistica di diffusione televisiva (analogica) in esercizio, non aveva avviato le trasmissioni televisive, in attesa dell'attuazione del piano

nazionale di assegnazione delle frequenze televisive analogiche approvato dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni con delibera n. 68 del 30 ottobre 1998.

Il Tar del Lazio con la decisione n.9315/2004 rigettava il ricorso e pertanto la predetta società proponeva appello innanzi a codesto Ecc.mo Consesso che poi rimetteva gli atti alla CGCE sottoponendo le questioni pregiudiziali interpretative indicate al punto 4.14 (da n. 1 a n. 10) della motivazione in diritto della predetta ordinanza e sospeso quindi il giudizio in attesa della sua pronuncia.alla Corte di Lussemburgo.

In tale contesto (pendendo altri ricorsi connessi che vedremo più avanti) è intervenuta la pronuncia nel proc. C-380/05 della Corte di Giustizia, che interpretando la normativa comunitaria in materia (specificatamente gli artt. 49 TCE e l'art. 9, co. 1, Direttiva Quadro 2002/21, e gli artt.5, co. 2, e 7, co. 3 della Direttiva Autorizzazioni 2002/20) afferma che essa *"osta a una normativa nazionale (in particolare, la L.249/97, artt. 2, co.6, e 3, co.i 6 e 7;e la L.112/04, art. 25, co. 8) la cui applicazione conduca a che un operatore, titolare di concessione, si trovi nella impossibilità di trasmettere in mancanza di frequenze di trasmissione assegnate sulla base di criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati"*.

Invece il giudice comunitario ha dichiarato irricevibili, per difetto di rilevanza o di motivazione sul punto, le questioni che più direttamente concernono la mancata attuazione del pluralismo televisivo, il difetto di disciplina antitrust con riferimento al c.d. SIC introdotto dalla legge Gasparri relativamente alle risorse pubblicitarie, mentre ha preso in esame la sola questione della mancata assegnazione delle frequenze legata ovviamente alla concessione data ma impossibile da esercire.

La questione portata all'attenzione della CGCE è stato dunque proprio il nodo della compatibilità con i canoni comunitari della disciplina nazionale che prevede un procedimento competitivo per l'assegnazione delle concessioni, ma nessuna procedura per l'assegnazione delle frequenze.

Tali essendo l'assetto giuridico e lo stato di fatto dell'emittenza radiotelevisiva nazionale, portati all'esame della Corte di Giustizia, questa, applicando il principio di libera prestazione dei servizi (art.49 TCE), ha concluso che una gara per la concessione alle trasmissioni televisive non possa non comprendere anche l'assegnazione delle frequenze attraverso procedure competitive, non discriminatorie ad evidenza pubblica, basate sul confronto tra più aspiranti sulla base di qualità obiettive, valutabili secondo discrezionalità tecnica.

A seguito di tale pronuncia controparte ha riassunto la causa in appello innanzi a codesto Ecc.mo Consiglio ed essa viene ora per il suo esame e decisione alla luce del principio comunitario enunciato che, come vedremo, non esplica effetti così immediati e puntuali come controparte asserisce nei suoi scritti difensivi.

Per comodità di esposizione e di lettura si dividerà l'esame della vicenda in più paragrafi corrispondenti alle varie fasi sia sotto il profilo fattuale che quello normativo, per poi passare alla confutazione in diritto della tesi avversaria e infine alle conclusioni.

-EXCURSUS DELLA VICENDA

a. Il Piano nazionale di assegnazione delle frequenze

Il piano delle frequenze del 1998 adottato in conformità ai criteri stabiliti dalla legge 249/97 implicava una trasformazione radicale delle reti e degli impianti operanti. Infatti, la legge 249/97, agli articoli 2 e 3, imponeva una pianificazione basata sugli stessi siti di emissione e con copertura uniforme. Una situazione, quindi, ben diversa dall'esistente, che, in venti anni di sviluppo incontrollato, aveva portato ad una massiccia occupazione spontanea dell'etere.

Inoltre, sul piano internazionale lo Stato italiano non aveva mai notificato il reale utilizzo delle frequenze in Italia, e quindi non aveva mai provveduto al relativo coordinamento internazionale.

Il piano approvato dall'Autorità nel 1998 in aderenza ai criteri fissati dalla legge Maccanico segnava una totale discontinuità con il passato, ed avrebbe implicato in molti casi interventi incisivi di ristrutturazione degli impianti, con chiusura di molti siti tradizionalmente usati per la radiodiffusione (ad esempio, gli impianti di Monte Mario a Roma).

Inoltre, il nuovo piano necessitava della notifica (mai effettuata) delle frequenze in sede internazionale e del loro relativo coordinamento.

Per tutte queste ragioni, l'adozione del piano del 1998 da parte dell'Autorità era stata accompagnata da una lunga ed articolata relazione, che suggeriva al Ministero un percorso progressivo di attuazione del piano con interventi di ristrutturazione, e segnalava al Parlamento l'adozione di una normativa che incentivasse la costruzione dei nuovi siti e la razionalizzazione di quelli esistenti.

In sintesi, il percorso progressivo che l'Autorità aveva identificato era imperniato sui seguenti graduali passaggi logici:

- fissazione in numero di undici delle complessive reti nazionali ad eguale copertura, con l'utilizzazione per ciascuna di una tripletta di frequenze;
- svolgimento della procedura di assegnazione delle concessioni nazionali e locali;
- avvio della dismissione dei siti esistenti e costruzione dei nuovi siti con contemporanea compatibilizzazione a livello internazionale;
- assegnazione, a quel punto, delle frequenze ai nuovi concessionari.

Il regolamento del 1° dicembre del 1998 sul rilascio delle concessioni TV era assolutamente coerente con questo disegno: all'articolo 16 esso imponeva l'attuazione del piano come condizione per il mantenimento del titolo concessorio che fosse stato rilasciato; all'articolo 17 imponeva l'attuazione del piano anche nei confronti delle due reti eccedenti i limiti antitrust, che beneficiavano di un regime transitorio ex-lege.

Il piano del 1998, tuttavia, incontrò l'opposizione di tutte le associazioni di categoria delle emittenti (nazionali e locali), che non contestavano l'operato dell'Autorità , ma contestavano in radice il presupposto che stava alla base della legge 249/97, ovvero quello dell'opportunità di una totale ristrutturazione dell'esistente, opponendo l'impossibilità dell'adeguamento.

E il Legislatore del tempo si mostrò, come si vedrà, sensibile alle ragioni delle emittenti, congelando, con interventi successivi, l'attuazione del piano delle frequenze.

Il Piano del 1998 non fu poi mai attuato per ragioni ostative sia di ordine fattuale che, soprattutto, di ordine normativo.

b.- La gara

Il Ministero delle Comunicazioni, nel luglio del 1999, in conformità alle disposizioni di cui alla legge 31 luglio 1997 n.249 (c.d. L. Maccanico), e alla luce del termine finale decadenziale fissato al 31 luglio 1999 dal decreto legge 30 gennaio 1999 n.15, convertito in legge 29 marzo 1999 n.78, sulla base del piano di assegnazione delle frequenze puntualmente redatto dall'Autorità delle Garanzie nelle Comunicazioni in data 30 ottobre 1998 e del successivo "Regolamento per il rilascio delle concessioni per la radiodiffusione televisiva privata su frequenze pubbliche" del 1° dicembre 1998, ha rilasciato atti denominati "concessioni" per l'esercizio della radiodiffusione televisiva privata su frequenze terrestri, in ambito nazionale, alle emittenti che, all'esito di apposita gara, si erano posizionate utilmente nella graduatoria finale ed erano in possesso dei requisiti di legge.

Il Piano Nazionale di assegnazione delle frequenze predisposto dall'Autorità Garante prevedeva, infatti, che le frequenze terrestri venissero ripartite tra 8 emittenti nazionali e tre emittenti della concessionaria pubblica.

Pertanto, conformemente alle previsioni del Piano di assegnazione delle frequenze e del Regolamento per il rilascio delle concessioni, furono emanati atti denominati "concessioni" per le seguenti emittenti:

Canale 5, Italia 1, Tele più bianco, TMC, TMC2, Europa 7, Elefante Telemarket.

Alle emittenti Rete 4 e Telepiù nero, pur utilmente collocate in graduatoria (rispettivamente al terzo e settimo posto), venne viceversa negato il rilascio della concessione, a causa del superamento dei limiti "antitrust " fissati dall'art. 2 comma 6 della legge 249/97. A queste ultime, ai sensi dell'art. 3, comma 6 della menzionata legge 249/97, venne tuttavia consentita in via transitoria la prosecuzione dell'attività di trasmissione televisiva.

All'esito della gara furono invece destinatarie di diniego della concessione - per mancanza di requisiti - le emittenti Rete Capri, Rete Mia, Rete A, 7 plus.

Ma la graduatoria finale è stato oggetto di numerosi ricorsi; per effetto dell'accoglimento in sede cautelare di alcuni tra questi, le emittenti Rete A, Rete Capri e Rete Mia hanno potuto proseguire l'attività di radiodiffusione.

Per effetto di questa complessa situazione, fin dall'inizio si è venuta a creare una evidente aporia fra il numero di reti tecnicamente assentibili in base agli stringenti criteri di pianificazione fissati dalla legge 249/97 (pari a 11, secondo il piano approvato dall' Autorità), da un lato, e la sommatoria delle reti che, invece, erano state oggetto di rilascio di concessione ovvero di autorizzazione, o che comunque continuavano ad operare in base a provvedimenti di natura giurisdizionale o per effetto del regime transitorio autorizzato dal legislatore, reti del secondo gruppo che in totale assommavano a ben 16.

La pianificazione dell'Autorità, che individuava in 11 le reti complessivamente assentibili ai sensi della legge 249 del 1997, non è mai stata in sé (almeno per questa

parte) oggetto di alcuna contestazione, né sono mai stati posti in questione i criteri fissati per il rilascio delle concessioni.

E' stata viceversa in più occasioni contestata la graduatoria finale, nonché l'individuazione delle emittenti nazionali private aventi diritto alla prosecuzione (o all' avvio) dell'attività, e di chi per converso avesse dovuto cessare le trasmissioni.

Come sarà illustrato nel prosieguo, gli interventi legislativi che si sono succeduti negli anni hanno poi consentito, tramite il congelamento del piano di assegnazione delle frequenze, la prosecuzione dell'esercizio dell'attività di trasmissione da parte di tutti coloro che già operavano, a vario titolo, prima dello svolgersi della gara di rilascio delle concessioni.

Con la legge n.112 del 2004 il legislatore ha poi modificato lo stesso sistema dei limiti "antitrust", in tal modo autorizzando in via definitiva la prosecuzione dell'attività di radiodiffusione con le modalità e gli impianti eserciti prima della gara del 1999.

L'ordinanza di rimessione considera la legge n.112/04 una mera, ulteriore protrazione dell'esercizio delle reti "eccedenti", con il conseguente effetto di preclusione all'accesso alle frequenze ai danni dell'appellante.

La l. 112/04 deve tuttavia essere considerata nella sua integrità, ed alla luce del nuovo contesto in cui essa si colloca, determinato dall'"opzione digitale" compiuta con la l. 66/01.

Innanzitutto, la l.112/04 non si è affatto limitata a protrarre a tempo indefinito la sopravvivenza delle reti "eccedenti", attraverso il c.d. "generale assentimento" di cui all'art. 23, comma 1: questa disposizione consente, in effetti, la sola sperimentazione delle trasmissioni digitali da parte dei soggetti già operanti, e la successiva richiesta del definitivo titolo abilitativo a tali trasmissioni, alle condizioni previste dal comma 5 dell'art. 23 (ora autorizzazione generale, ai sensi dell'art. 15, comma 1, d.lgs. 177/05 e 25, d.lgs. 259/03).

Non si tratta quindi di una norma di consolidamento dell'esistente, bensì di un incentivo alla digitalizzazione delle reti, volto, secondo l'ottica già evidenziata, a rendere possibile in fatto la transizione verso la nuova tecnologia.

Viceversa, la sorte di tutte le concessioni ed autorizzazioni analogiche nazionali, comprese ovviamente quelle rilasciate alla controllata Mediaset società R.T.I. – Reti Televisive Italiane S.p.A. era disciplinata dall'art. 25, l. 112/04 (v. anche l'art. 23, d.lgs. 177/05), che non prevedeva alcun consolidamento o proroga automatica.

Al contrario, l'art. 25, ha dettato una disciplina che condizionava in sostanza la sopravvivenza dei concessionari nazionali analogici, compreso il gruppo Mediaset, alla digitalizzazione delle reti, nonché alla presenza di alcune condizioni generali a livello di sistema televisivo, da accertarsi dall'Autorità di settore.

Il comma 3 dell'art. 25 (riprendendo la disposizione di cui all'art. 1, comma 3, d.l. 352/03, convertito in l. 43/04), demandava a questa lo svolgimento di un'analisi dello stato di diffusione e delle prospettive del digitale terrestre, anche con riferimento all'effettiva presenza nel sistema digitale di programmi diversi da quelli diffusi in via analogica, imponendo all'Autorità, in caso di esito negativo, l'adozione di provvedimenti anticoncentrativi ai sensi dell'art. 3, comma 7, l. 249/97.

L'Autorità ha portato a termine l'analisi, rilevando la sussistenza delle condizioni per un rapido sviluppo dell'offerta digitale, con *Relazione al Parlamento ed al Governo sullo sviluppo del digitale terrestre*, pubblicata in data 27 maggio 2004.

Soprattutto, il comma 11 dell'art. 25 subordinava la proroga delle concessioni sino allo *switch-off* ai due requisiti, da realizzarsi entro il 25 luglio 2005:

- dell'"*effettivo ampliamento delle offerte disponibili e del pluralismo nel settore televisivo previsti dalla Corte costituzionale*" (requisito esogeno rispetto alle singole imprese) e, per quanto riguarda i concessionari nazionali,

- della trasmissione in *simulcast* digitale con copertura di almeno il cinquanta per cento della popolazione nazionale (requisito endogeno legato agli investimenti affrontati da ogni singolo concessionario per la digitalizzazione).

La completa diversità dei presupposti di rilascio della "proroga" rispetto a quelli cui era subordinato l'ottenimento dell'originario titolo concessorio induce a ritenere che la medesima "proroga", al di là del suo *nomen iuris*, costituisca un vero e proprio nuovo titolo abilitativo, interamente funzionale alla transizione verso il digitale.

La tesi dell'appellante (pagg. 27 e segg. del ricorso in appello), secondo cui la disciplina di cui al d.l. 352/02 ed alla L. 112/04 costituirebbe un mero "mascheramento" della "proroga del precedente regime analogico transitorio" è quindi un'evidente forzatura.

Nel frattempo, a seguito di pronuncia di codesto stesso Consiglio di Stato (dec. n. 1246/04) l'emittente RETE A ha conseguito dal Ministero un titolo autorizzatorio, ma ha in corso altri contenziosi per l'assegnazione di ulteriori frequenze (per raggiungere la copertura nazionale dell'80%) con le emittenti RTI e TBS (nei ricorsi r.r. n. 2862/07 e 9257/07) pure chiamati all'udienza del 6 maggio.

Di contenziosi relativi, invece, al titolo (ovvero sulla gara per l'assegnazione delle concessioni) è ancora in piedi quello promosso da Centro Europa 7, con due iniziative: l'appello avverso la sentenza TAR Lazio n. 7147/07, rubricato al n. 9258/07 e il giudizio di ottemperanza alla sentenza del Consiglio di Stato n. 3133/01, rubricato al n. 804/08, entrambi fissati per la trattazione all'udienza del 6 maggio.

Per cui il complessivo contenzioso sulla graduatoria del 1998 non è a tutt'oggi esaurito.

c1. Il termine finale per il rilascio delle concessioni e l'inversione logica a base della procedura.

L'imminenza della scadenza del termine entro il quale l'Amministrazione era obbligata a rilasciare le concessioni - termine fissato con legge dello Stato al 31 luglio 1999, in una situazione in cui non esisteva ancora un quadro sufficientemente chiaro per le ragioni sopra esposte delle frequenze disponibili ed assegnabili, ha costretto, per rispettare la tempistica imposta dal Legislatore, ad una sorta di inversione logica alla base del complesso procedimento concessorio. Logica avrebbe imposto che prima dell'attribuzione delle concessioni si fosse potuto procedere ad una completa individuazione del complessivo patrimonio di frequenze televisive da assegnare in attuazione del Piano dell'Autorità Garante.

Come si spiegherà meglio più avanti, però, questo segmento della procedura è stato invece giocoforza rinviato in forza delle scelte legislative via via susseguitesi, con la

conseguenza finale che, per le ragioni che si vedranno, lo stesso Piano non è mai stato attuato.

L'inversione cui si accennava ha fatto sì che non venisse individuato l'oggetto della "concessione" rilasciata ad Europa 7, ed ha peraltro inevitabilmente inciso sulla natura della pretesa azionabile a seguito del rilascio del titolo a suo tempo ottenuto dalla ricorrente, nel senso di impedire la configurabilità in capo alla medesima di una situazione giuridica di diritto soggettivo, e di determinare l'insorgere di una mera situazione di interesse legittimo (in questo senso, appunto, Tar Lazio, sentt. n. 9315/2004 e n. 9325/2004).

L'inversione verificatasi non integra un problema di mera completezza strutturale del provvedimento (carente, in ogni caso, di un elemento essenziale), ma sottrae alla procedura quel *quid* che solo avrebbe giustificato la qualificazione dell'atto emesso come di natura effettivamente concessoria. Essa, infatti, esclude che all'atto conseguito dal ricorrente possa essere riconosciuta effettivamente una natura concessoria, facendo in esso difetto proprio il contenuto essenziale del titolo concessorio in materia, vale a dire l'essenziale profilo dell'assegnazione in uso di una precisa dotazione frequenziale.

Le due sentenze Tar del 2004 (n. 9315/2004 e n. 9325/2004, entrambe del 14 luglio 2004), nella loro sinteticità, hanno perfettamente colto il nucleo di questa peculiare (e, certo, paradossale) situazione. **Il titolo attribuito a Europa 7, per la sua mancanza di un concreto contenuto, non aveva la sostanza del normale provvedimento concessorio.** Era un titolo preferenziale di valore meramente preliminare e prodromico, tanto che, nel novero delle facoltà ancora nella disponibilità dell'Amministrazione, ben esisteva anche quella di non far luogo in seguito, in concreto, ad alcuna assegnazione di frequenza in favore dell'emittente (qualora le successive vicende della pianificazione e le norme sopravvenute non lo avessero in concreto consentito, come di fatto è poi avvenuto).

c2. La "concessione" in concreto rilasciata come elemento di una sorta di fattispecie a formazione progressiva.

La concessione avrebbe dovuto indicare, in teoria, le postazioni e le caratteristiche tecniche degli impianti pianificati, nonché le frequenze di funzionamento e la configurazione della rete di ciascun concessionario(cfr. in questo senso nota del Ministero in data 28.6.99, in atti).

Per effetto dell'inversione di cui si è detto sopra si è imposto, invece, l'avvio di una sequenza a formazione progressiva, risultante dalla combinazione dell'atto in concreto emesso, "concessorio" solo nel nome, e di un successivo atto, in teoria destinato a integrarlo (se e quando, però, giuridicamente e materialmente possibile), di definizione e assegnazione delle frequenze (l'atto concessorio vero e proprio).

Per di più, parte ricorrente, quale titolare della concessione, avrebbe dovuto presentare (art.1,co. 1 del DM) per ogni impianto un progetto esecutivo e pagare un canone di concessione (art.1,co.2) a decorrere dalla data dell'effettivo esercizio della rete.

Il che ovviamente non è stato in quanto Europa 7 non aveva mai avuto impianti radiotelevisivi, né si è preoccupata dopo di acquisirli.

A questi provvedimenti avrebbe dovuto fare seguito, quale vincolo all'azione del concessionario, ai sensi dell'art. 16 del citato Regolamento, un programma di adeguamento individuale.

L'individuazione delle frequenze di funzionamento era pertanto l'elemento costitutivo essenziale, ai fini del perfezionamento di una fattispecie provvedimentale complessa, e dunque condizionava, sul piano degli effetti, l'emersione del diritto rivendicato dalla ricorrente, che finché sprovvisto di oggetto era, naturalmente, impossibilitato a nascere.

L'inefficacia interinale dell'atto c.d. concessorio in titolarità della ricorrente è stata ben colta dal TAR Lazio nella sentenza n. 9319/2004, resa nel diverso procedimento di impugnativa del decreto del Ministero delle Comunicazioni in data 28.7.99 col quale, contestualmente al diniego di concessione nazionale per la radiodiffusione televisiva privata su frequenze terrestri, si abilitava la società RTI (per Rete 4) a proseguire l'attività di radiodiffusione televisiva privata in ambito nazionale a condizione che trasmettesse anche via cavo o sul satellite.

Nel predetto arresto si legge testualmente che il titolo rilasciato alla ricorrente, per il fatto di essere sprovvisto di oggetto "*risultava totalmente inefficace e una sorta di scatola vuota*".

d.1 Persistenza del potere discrezionale della Amministrazione

Contrariamente a quanto dedotto dalla ricorrente, quindi, all'atto del rilascio della "concessione" accordata, era pertanto tutt'altro che esaurito lo spettro delle valutazioni che l'Amministrazione era chiamata ad effettuare in *subiecta* materia.

In primis occorreva individuare quali emittenti tra le 13 pretendenti avessero effettivamente titolo all'assegnazione delle frequenze, fissare la durata del regime transitorio per le reti eccedenti, e tenere infine conto delle pretese avanzate dalle emittenti escluse dalla graduatoria, per le quali erano nel frattempo intervenute pronunce cautelari come sopra viste.

La concreta individuazione dei canali di funzionamento, lungi dal costituire un adempimento scontato ed automatico, necessitava inoltre, sul piano tecnico, di una preliminare *actio finium regundorum*, attraverso un intervento di coordinamento con gli impianti esteri;occorreva peraltro ridurre al minimo indispensabile il cambiamento dei canali di funzionamento degli impianti esistenti, ivi compresi quelli della Rai (cfr in questo senso nota dell'Autorità Garante per le Comunicazioni del luglio 1999, in atti) .

Era inoltre essenziale una complessiva ed unitaria pianificazione delle frequenze, comprensiva cioè sia dell'ambito locale che di quello nazionale (con i rispettivi impianti), poiché, com'è noto, le emittenti locali e quelle nazionali attingono al medesimo patrimonio frequenziale. E, tra l'altro, la legge, fissando preliminarmente una riserva di un terzo delle frequenze complessivamente esistenti in favore delle emittenti locali, ulteriormente delimitava in merito la discrezionalità della Amministrazione.

L'assegnazione effettiva delle frequenze poteva pertanto essere operata solo dopo l'adozione di un atto o più di pianificazione da parte dell'Amministrazione che coinvolgessero contestualmente le frequenze locali e quelle nazionali.

Tutto ciò presupponeva, peraltro, anche che lo Stato avesse una precisa e completa cognizione dello stato di fatto delle dotazioni frequenziali le quali non erano, infatti, mai

state "censite", né formalmente assegnate; esse erano oggetto di situazioni meramente possessorie, di godimento di fatto da parte delle emittenti.

Solo nel febbraio del 2000, però, in dipendenza delle fluttuanti indicazioni ricevute dal Legislatore in materia di pianificazione dell'emittenza locale, l'Autorità ha potuto adottare un piano di assegnazione delle frequenze nazionale-locale (piano che confermava la precedente previsione di n. 11 emittenti nazionali).

In proposito, va ricordato che *tutte* le reti televisive private italiane, nazionali o locali, eccezione fatta per le reti RAI, nascono da atti di occupazione di frequenze, compiuti anteriormente alla l. 223/90 e disciplinati dalla regola civilistica del preuso.

La legge n.223/90 dispose il "censimento" delle trasmissioni che, ad oggi, costituisce la base di identificazione delle frequenze di trasmissione delle varie reti.

L'originaria occupazione di fatto, si ripete comune a tutta l'emittenza privata italiana (compresa l'appellante e le emittenti locali che componevano il "circuito" da questa guidato), è stata ormai superata da numerosi provvedimenti normativi, ricordati dalla stessa ordinanza, che hanno legittimato l'effettuazione di trasmissioni su frequenze censite in attuazione della legge n.223/90, così escludendo che possa configurarsi alcuna residua situazione di "occupazione di fatto" di frequenze da parte di chiunque.

d.2 Natura dell'atto concessorio e sue conseguenze.

In carenza dei passaggi che precedono, si rende subito evidente che **di "diritto soggettivo" e di "concessione" in senso tecnico, a proposito del titolo a suo tempo rilasciato alla ricorrente, non è qui consentito parlare.**

La reale natura e consistenza del titolo ottenuto dalla ricorrente era quella di *un atto di mera formalizzazione degli esiti di una graduatoria di soggetti che avrebbero avuto titolo, in seguito, non appena possibile, e salvo però l'intervento di ulteriori interventi legislativi, al rilascio di una concessione vera e propria, con la contestuale assegnazione delle frequenze.*

Peraltro la Corte Costituzionale in più occasioni ha chiarito che "*un provvedimento di assegnazione delle bande di frequenza ... in quanto immette un quid novi nella sfera giuridica del privato, ha indubbio carattere costitutivo* », e ha quindi ritenuto necessario « *un provvedimento abilitativo, che nel settore in esame implica un ambito di discrezionalità non solo tecnica, ma anche amministrativa* " (cfr. Corte Cost., 15 novembre 1988 n. 1030, e Corte Cost. , 2 marzo 1990 n. 102).

Ebbene, nella fattispecie concreta con il rilascio del titolo alla ricorrente l'Amministrazione non aveva affatto consumato, come si accennava, la propria discrezionalità (né può sostenersi, come fa la ricorrente, che la discrezionalità dell'Amministrazione si traduca in arbitrio: semplicemente, la sindacabilità degli atti della Amministrazione si configura con modalità diverse rispetto a quelle che sono proprie dei casi di lesione di diritti soggettivi).

A conferma delle affermazioni che precedono si richiama proprio la sentenza del **TAR Lazio n. 9325 del 14 luglio 2004**, già menzionata, la quale, nell'annullare la determinazione ministeriale n.41521 in data 22 dicembre 1999, riconosce nondimeno il persistente ambito potestativo entro il quale l'Amministrazione medesima poteva, allora, ancora legittimamente operare.

Al cospetto del titolo rilasciatole, quindi, la ricorrente aveva pertanto solo un interesse legittimo pretensivo, e non certo un diritto, al bene della vita cui aspirava (assegnazione delle frequenze). Ma analogo interesse vantavano pure altri soggetti per effetto di previsioni di legge e di pronunciamenti giudiziali nelle more sopravvenuti.

e. Le ragioni della mancata attuazione del Piano

e.1: Ragioni fattuali

Il Piano N.F. non fu mai attuato per effetto di almeno tre fattori concomitanti:

1. la necessaria contestualità della pianificazione dell'attribuzione delle frequenze a emittenti locali e a emittenti nazionali; a dispetto, infatti, della già illustrata inscindibilità tra uso nazionale e locale delle frequenze, mentre il termine di legge per il rilascio delle concessioni per le emittenti nazionali fu fissato (dal decreto legge n. 15 del 1999, convertito in legge 29 marzo 1999 n. 78) al 31 luglio 1999, il termine per il rilascio delle concessioni in ambito locale fu più volte differito, e definitivamente fissato solo al 15 marzo 2001 (cfr. art. 1 del decreto legge 18.11.99 n. 433 convertito con modificazioni dalla legge 14.1.2000 n. 5 e art. 1 del dl 23.1.2001 n. 5 convertito in legge 20.3.2001 n. 66). In dipendenza di tanto, il piano di assegnazione delle frequenze televisive del 1998 veniva quindi inevitabilmente più volte modificato (recte: integrato) negli anni a seguire, per la necessità di recepire le previsioni relative all'emittenza locale.

2. l'accoglimento da parte del TAR, dopo la procedura concorsuale del luglio 1999, delle richieste di sospensiva dei decreti di diniego emanati nei confronti di ben tre emittenti (Rete Mia, Rete A, Rete Capri), che inibì la liberazione delle frequenze in loro possesso. tale accoglimento inibì la liberazione delle frequenze in loro possesso.

3. la carenza, a monte, di una cognizione esaustiva dello stato delle frequenze esistenti e disponibili e del loro stato di fatto e di diritto, anche in relazione alla magmaticità della condizione giuridica e fattuale propria dell'emittenza locale.

e.2: Ragioni normative

Con riguardo agli ostacoli di ordine normativo, si ricorda che il Piano di assegnazione delle frequenze prevedeva complessivamente a livello nazionale 8 emittenti private e 3 emittenti pubbliche.

La disciplina positiva ha invece consentito la prosecuzione dell'attività di trasmissione anche da parte di reti che, a rigore, non avrebbero avuto titolo a farlo (e che infatti, benché in teoria utilmente classificate in graduatoria, furono consapevolmente escluse dal novero delle beneficiarie del titolo c.d. concessorio), se non in forza di una apposita disciplina transitoria (contenuta nell'art. 3 commi 6 e 7 della legge 249/1997).

All'atto della definizione della procedura concorsuale, pertanto, a fronte di un Piano di assegnazione delle frequenze che contemplava 8 emittenti private, il combinato disposto della disciplina transitoria summenzionata e delle pronunce giurisdizionali emesse in sede cautelare autorizzava 13 operatori nazionali ad esercitare, rendendo conseguentemente il Piano inattuabile.

La normativa successiva, nei due anni seguenti la gara, ha poi disposto il passaggio dalla tecnica analogica a quella digitale (a partire dal 31.12.2006), con il conseguente nuovo impegno, per l'Autorità, di predisporre di un piano nazionale di assegnazione

delle frequenze televisive in tecnica digitale entro il termine del 31.12.2002 (piano regolarmente approvato nel novembre 2002).

Le nuove norme hanno inoltre dettato la previsione accessoria dell'autorizzazione a tutte le reti esercenti legittimamente, ancorché prive di concessione, alla prosecuzione dell'esercizio delle trasmissioni fino al passaggio al sistema digitale (art.1 decreto legge n. 5 del 23.1.2001, convertito in legge 20.3.2001, n. 66).

Ed è importante subito rimarcare che tale previsione ha consentito a ben 151 emittenti locali, che pure non si erano utilmente collocate nella pertinente graduatoria, di continuare a trasmettere, in previsione della futura introduzione del digitale terrestre ma in flagrante contrasto con la pianificazione adottata dall'Autorità, con la conseguenza di segnarne il definitivo accantonamento (ed è per tale ragione che lo stesso legislatore del 2001, avvedendosi della sopravvenuta impossibilità di reperire risorse frequenziali attraverso gli strumenti della pianificazione così vanificati, ha puntato, come si vedrà, sullo strumento del *trading* delle frequenze).

Va segnalato, altresì, come sulla scelta legislativa del passaggio del sistema televisivo al digitale non è ipotizzabile – né, peraltro, è stato mai allegato – alcun contrasto con la normativa comunitaria, atteso che tale scelta attua una determinazione politica, rientrante nelle prerogative di ciascuno Stato, di progressivo abbandono del sistema generale di trasmissione televisiva su frequenze analogiche terrestri e contestuale passaggio alla tecnica digitale.

Il quadro normativo non è poi sostanzialmente mutato (ma, anzi, l'inattuabilità del piano è divenuta definitiva) per effetto del decreto legge 352/2003, convertito in legge 24.2.2004 n.43, che onerava l'Autorità Garante di riesaminare lo stato della complessiva offerta dei programmi televisivi digitali, e prorogava la condizione transitoria delle reti eccedenti e pure della rete pubblica che continuava ad avvalersi delle risorse pubblicitarie.

Infine, per effetto dell'entrata in vigore della legge n. 112/2004, l'intero sistema è stato modificato, soprattutto con riguardo ai criteri di determinazione dei limiti "antitrust" per le società concessionarie, con la conferma del passaggio al sistema di trasmissione digitale (originariamente fissato al 2006, ma poi prorogato, per effetto di due decreti legge successivi –decreto legge 30.12.2005 n. 273 convertito in legge n. 51 del 23 febbraio 2006 e poi decreto legge 1.10.2007 n. 159 convertito dalla legge 26.11.2007 n. 122-, rispettivamente, al 2008 e al 2012).

In forza delle nuove regole introdotte dalla legge n.112 anche la condizione delle ex reti eccedenti è venuta a mutare, per essere stato superato il precedente sistema "antitrust" nel cui ambito erano state definite come tali.

f. Qualificazione della posizione giuridica della ricorrente

A fronte della discrezionalità dell'Amministrazione, la ricorrente, come esattamente riconosciuto dalla sentenza del giudice di primo grado, vantava pertanto una posizione giuridica di semplice interesse legittimo di tipo pretensivo. Vantava cioè la pretesa a che l'Amministrazione bene operasse nell'esercizio delle proprie competenze istituzionali, procedendo oltre nell'iter concessorio con l'assegnazione delle frequenze per operare.

Si trattava quindi di un interesse di tipo strumentale, laddove invece l'utilità finale non era affatto assicurata.

La posizione giuridica soggettiva del ricorrente era in qualche modo accostabile, con i dovuti distinguo, all'interesse precontrattuale del contraente a che la controparte tenga comportamenti conformi a buona fede nella fase prodromica alla conclusione del contratto.

Sia peraltro sin d'ora consentito osservare che, come è noto, il privato, titolare di un interesse pretensivo, può vantare un titolo al risarcimento del danno non già per il mero fatto che gli sia stato opposto un illegittimo diniego (evento che nel caso di specie, peraltro, non si è neppure verificato), ma solo ove, sussistendo gli altri requisiti dell'illecito (colpa, nesso di causalità ecc.), egli fornisca la dimostrazione che la propria aspirazione al provvedimento era destinata ad un esito favorevole.

Vale invero il principio che la protezione risarcitoria dell'interesse pretensivo può essere accordata soltanto in presenza di un giudizio prognostico sulla spettanza definitiva del bene collegato a tale interesse (sul punto cfr. C. Stato, sez. IV, 26-04-2006, sent. n. 2288).

Pure le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (sent. n. 500/1999), nei casi di richiesta di risarcimento dei danni derivanti da lesione di interessi legittimi, hanno ribadito la necessità della previa valutazione della spettanza del bene della vita connesso all'interesse pretensivo inciso dall'azione amministrativa giudicata illegittima, evidenziando come l'ammissibilità e la praticabilità di siffatta verifica siano concretamente condizionate dalla natura, vincolata o meno (e, quindi, surrogabile o meno) dell'azione amministrativa ritenuta illegittima (in questo senso cfr. anche C. Stato, sez. V, 14-01-2003, nn. 87 e 88; T.a.r. Lazio, sez. I, 02-07-2003, n. 5822).

Questi principi sono stati ribaditi anche da ultimo dalla stessa Suprema Corte, che, nel riconoscere che il diritto del privato al risarcimento del danno prodotto dall'illegittimo esercizio della funzione pubblica prescinde dalla qualificazione formale della posizione di cui è titolare il soggetto danneggiato - in termini di diritto soggettivo o di interesse legittimo (dato che la tutela risarcitoria è fatta dipendere ed è garantita in funzione dell'ingiustizia del danno conseguente alla lesione di interessi giuridicamente riconosciuti)-, ha tuttavia evidenziato come la tecnica di accertamento della lesione varia a seconda della natura dell'interesse legittimo. Se l'interesse è oppositivo, occorre accertare che l'illegittima attività dell'amministrazione abbia leso l'interesse alla conservazione di un bene o di una situazione di vantaggio; se l'interesse è pretensivo, concretandosi la sua lesione nel diniego o nella ritardata assunzione di un provvedimento amministrativo, occorre valutare, a mezzo di un giudizio prognostico, da condurre in base alla normativa vigente, la fondatezza o meno della richiesta di parte, onde stabilire se la medesima fosse titolare di una mera aspettativa, come tale non tutelabile, o di una situazione che, secondo un criterio di normalità, era destinata ad un esito favorevole (**Cass., sez. I, 08-02-2007, n. 2771**).

Orbene, un accertamento giurisdizionale su tali essenziali aspetti nel caso di specie non solo non si è mai verificato, ma dalla ricorrente non è mai stato nemmeno richiesto:

sicchè la pretesa avversaria, nei termini in cui introdotta, non si presenta in questa sede scrutinabile.

Peraltro, in ogni caso un giudizio prognostico favorevole all'avversaria alla luce della situazione di fatto e di diritto sopra esplicitata sarebbe decisamente inverosimile.

Ciò, in sintesi, per le seguenti ragioni:

1. l'inattuabilità del piano di assegnazione delle frequenze discendeva da precise ragioni di ordine normativo le quali di fatto "congelavano" l'operatività del piano, disciplinando invece il passaggio dalla tecnica analogica a quella digitale);
2. le Reti c.d. eccedenti continuavano legittimamente a operare, in quanto coperte da espresse autorizzazioni normative, non solo fino al 2003, ma anche successivamente, per effetto dei mutamenti introdotti dalla legge 3 maggio 2004 n.112;
3. le sospensive concesse dal TAR alle tre Reti (Rete Mia , Rete Capri e Rete A) che avevano partecipato alla gara per il rilascio delle concessioni televisive assieme ad Europa 7 e che non si erano utilmente collocate in graduatoria, ampliavano la platea dei possibili beneficiari di un formale atto di assegnazione delle frequenze.

ANTICIPAZIONE DELLE PRINCIPALI CONCLUSIONI

Prima di continuare con un più approfondito esame del complesso quadro normativo cui si è fatto cenno, si ritiene utile, per agevolare la lettura del presente scritto, anticipare qui in forma schematica alcune considerazioni sul merito del presente giudizio, che verranno nel prosieguo meglio sviluppate, vale a dire:

1. la "concessione", ferme le precedenti obiezioni sulla sua configurabilità come atto perfetto, stante la mancata definizione ed attribuzione del bene che doveva costituirne l'imprescindibile oggetto, aveva in ogni caso una durata di 6 anni; il titolo scadeva quindi al 29 luglio del 2005; ne consegue che alcuna pretesa è azionabile per il periodo successivo a quella data, non avendo il ricorrente mai ottenuto il rinnovo né il prolungamento del proprio titolo ai sensi dell'art. 25 della legge 3 maggio 2004 n. 112;
2. la Corte Costituzionale, con sentenza n.466 del 2002, ha già sancito la conformità della normazione interna ai principi costituzionali, e quindi segnatamente la legittimità del permanere della disciplina transitoria che autorizzava l'esercizio "di fatto" delle frequenze da parte delle Reti non concessionarie, fino al 31.12.2003; quanto alle norme successive, è fin troppo evidente che solo la stessa Consulta potrebbe, in ipotesi, giudicare della loro costituzionalità;
3. le direttive comunitarie richiamate dalla Corte di Giustizia con la sentenza del 31 gennaio 2008, risalgono al marzo\settembre 2002, e il termine concesso agli Stati membri per conformarsi ad esse è scaduto solo il 25 luglio 2003: né sembra dubitabile che le stesse non possano essere applicate a ritroso al periodo pregresso;
4. fermo restando che il periodo oggetto di contestazione deve dunque intendersi circoscritto in base ai rilievi che precedono, la condotta dell'Amministrazione non è censurabile né sotto il profilo oggettivo, non ricorrendo gli estremi della condotta contra jus\non jure e neppure un danno tecnicamente qualificabile come "ingiusto", né sotto il profilo soggettivo, non ravvisandosi comunque a carico dell'Amministrazione alcun profilo di colpa o dolo;

5. neppure è sostenibile che il danno ingiusto dell'attrice possa derivare da un presunto illecito del legislatore, che avrebbe, in tesi, omesso di adattare l'ordinamento interno ai principi delle direttive comunitarie; una simile domanda non è mai stata formulata da parte attorea, né nel ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, né nel suo atto di appello. Il pronunciamento finale non potrebbe essere dunque emesso sulla base di una causa petendi mai ritualmente introdotta, rispetto alla quale la parte convenuta non sarebbe stata mai posta in condizioni di difendersi;

6. in ogni caso, per mero tuziorismo, si osserva infine che l'istanza risarcitoria avversaria potrebbe essere presa in esame solo per la parte in cui è formulata una richiesta di condanna per equivalente: questo sia per ragioni di ordine processuale (il Consiglio di Stato, nella pronuncia n. 3846/05, ha infatti già statuito:..*Il Collegio rilevato che la controversia pende in appello e che sono state evocate solo le Amministrazioni, e non i titolari delle reti eccedenti che, indubitabilmente, sarebbero incisi da una statuizione di condanna in forma specifica ritiene di doversi limitare a conoscere dell'unica domanda allo stato procedibile ossia la domanda di risarcimento per equivalente*"), sia per ragioni strutturali di ordine sostanziale, non avendo la ricorrente ottenuto la definizione della procedura concessoria per fatto non imputabile all'Amministrazione, e, soprattutto, essendo ormai da tempo definitivamente scaduto e cessato il suo titolo.

- QUADRO NORMATIVO DI RIFERIMENTO

a. La legge 31 luglio 1997 n. 249.

Con la legge 1997 n. 249, intitolata "Istituzione dell'Autorità per le Garanzie delle Comunicazioni e norme sui sistemi di telecomunicazioni e radiotelevisivi", veniva dettata una nuova disciplina per il rilascio delle concessioni televisive, in conformità ai principi di pluralismo dettati dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 420/1994.

Nel termine consentito dalla legge l'Autorità procedeva ad adottare il "Regolamento per il rilascio delle concessioni per la radiodiffusione televisiva privata su frequenze terrestri".

La legge del 1997 disciplinava pure la condizione transitoria delle reti che contrastavano con il principio fissato all'art. 2 comma 6, a norma del quale non potevano essere rilasciate ad uno stesso soggetto concessioni o autorizzazioni che consentissero di irradiare più del 20%, rispettivamente, delle reti televisive o radiofoniche analogiche in ambito nazionale.

Per queste reti (c.d. eccedenti) l'art. 3 comma 6 della legge n.249 prevedeva la possibilità in via transitoria di proseguire le trasmissioni, a condizione che le trasmissioni venissero effettuate contemporaneamente via satellite o via cavo, e comunque entro il termine finale che sarebbe stato fissato dall'Autorità in relazione al congruo sviluppo dell'utenza dei programmi radiotelevisivi via cavo e via satellite.

b. Il decreto legge n. 5 del 23.1.2001

Con successivo decreto legge n. 5 del 23.1.2001, convertito in legge n. 66/2001 (sottoposto al giudizio di costituzionalità, ma non censurato dalla pronuncia n. 466/2002), veniva poi previsto che le reti potessero continuare ad esercitare le

trasmissioni fino all'attuazione del nuovo Piano digitale, che avrebbe comportato il passaggio di tutte le reti dal sistema analogico a quello digitale.

La nuova fonte consentiva, inoltre, ai concessionari privi di frequenze assegnate, quale la ricorrente, o a quelli che non avessero in ogni caso raggiunto la copertura del 75% del territorio nazionale, di poter acquistare impianti o rami di azienda conferiti in concessione a terzi (possibilità del c.d. trading).

Giova allora subito rammentare, a proposito della possibilità riconosciuta alla ricorrente di acquistare frequenze da altre emittenti (facoltà che era già prevista dall'art. 1 della legge 23 dicembre 1996 n. 650, ma di cui la ricorrente incomprensibilmente non ha inteso invece mai avvalersi), che l'acquisto delle frequenze sul mercato non avrebbe in alcun caso deteriorato la possibilità di guadagno della società Centro Europa 7 rispetto alla dinamica alternativa dell'eventuale rilascio di frequenze analogiche in attuazione della c.d. concessione del luglio 1999.

Tra l'altro, è appena il caso di notare che la maggiore risorsa economica delle emittenti televisive è notoriamente rinvenibile nella raccolta pubblicitaria, e che il mercato della raccolta pubblicitaria comprende indifferentemente (a differenza di mercati a monte quali il *broadcasting*) tutte le piattaforme trasmissive.

Nel provvedimento n. 13770 del 16/11/2004 - "Indagine conoscitiva sul settore televisivo: la raccolta pubblicitaria" (IC/23), l'Autorità della Concorrenza e del Mercato ebbe infatti già a chiarire quanto segue: "*In considerazione della recente evoluzione e delle prospettive di medio termine di diffusione della piattaforma satellitare, del fatto che, dal punto di vista dell'offerta di spazi pubblicitari, le concessionarie operano indistintamente sulle due piattaforme trasmissive, nonché della circostanza che le emittenti satellitari e quelle terrestri competono tra loro nel versante degli ascolti televisivi appare opportuno considerare il mercato nazionale della raccolta pubblicitaria televisiva come composto complessivamente dai ricavi derivanti dalla raccolta pubblicitaria sia sulle emittenti terrestri che sui canali satellitari.*" (pag. 81). Analogamente, inoltre, l'AGCOM, nella delibera 136/05/CONS, ha convenuto che "*...la pubblicità trasmessa attraverso differenti piattaforme presenta caratteristiche omogenee sotto il profilo delle condizioni concorrenziali. Infatti, un investitore può considerare sostituibile l'acquisto di spazi pubblicitari su una emittente in chiaro o a pagamento. Dunque il mercato pubblicitario può essere considerato come un unico mercato, indipendentemente dal fatto che il messaggio sia veicolato su un'emittente free o un emittente pay.*" (punto 19).

Neppure è contestabile che siffatto acquisto di impianti di trasmissione sul mercato avrebbe in concreto potuto agevolmente avere luogo. La disponibilità di tali frequenze è attestata dalle numerose pronunce dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in ordine alle plurime acquisizioni da parte, ad es., della società Elettronica Industriale, di frequenze e di rami di aziende comprendenti frequenze radiotelevisive, nonché dalla concreta attività di acquisizione da parte di emittenti quali H3G, La7, Rete A ecc. L'Autorità antitrust ha in più occasioni rappresentato, infatti, come l'elevato numero di frequenze esistenti esclude qualsivoglia rischio che l'acquisto di frequenze possa arrecare un vulnus alla libera concorrenza nel mercato, e ha conseguentemente sempre autorizzato l'operazione di concentrazione a favore delle richiedenti. Da ultimo, nel Provvedimento AGCM n. 15333 del 10.4.06 in c.7493/06 si legge, ad esempio: "*In*

merito, si deve osservare, con riferimento all'attuale assetto di mercato che, anche nell'ultimo anno, è continuato il trading delle frequenze nazionali e locali, ovvero l'acquisizione di intere emittenti locali, attuato in conformità degli obiettivi posti dalla legge 112/04, che ha permesso ai diversi operatori presenti sul mercato di aumentare la copertura della propria rete ovvero di costituirne di nuove (in particolare nel caso di RAI, del Gruppo MEDIASET e del Gruppo Telecom) e ha altresì consentito a nuovi operatori di acquisire delle reti trasmissive e, pertanto, di operare ed entrare per la prima volta nel mercato rilevante (nel caso del Gruppo L'Espresso con l'acquisizione di RETE A, e di H3G, con l'acquisizione di MIT-Milano Televisione)".

c. il decreto legge 24.12.2004 n. 352 e la legge 3 maggio 2004 n. 112

Il decreto legge 352/2003, convertito dalla legge 24 febbraio 2004 n. 43, e soprattutto la successiva legge n. 112 del 2004 mutano, infine, i fondamenti di assetto del precedente sistema delle concessioni. La normativa summenzionata, se da un lato ribadisce l'imminenza del passaggio alla tecnica digitale, dall'altro, però, tramuta la disciplina dei limiti alla potenzialità di trasmissione, che non viene più parametrata sulle reti in possesso di ciascun soggetto, bensì sui programmi complessivamente trasmessi. Per effetto della nuova disciplina i programmi trasmessi da ciascuna emittente non potranno essere comunque superiori al 20% delle trasmissioni complessive.

Il nuovo sistema normativo rinviene la sua giustificazione di fondo nella considerazione per cui la diffusione del sistema digitale è in sé capace di garantire quel livello di pluralismo cui qualsiasi intervento normativo antitrust è naturalmente orientato; il legislatore ha disposto quindi di far derivare la persistenza in vita delle Reti c.d. eccedenti dall'esito favorevole di un accertamento demandato all'Autorità (e da questa, ancora una volta, regolarmente adempiuto).

La nuova attività richiesta all'Autorità, ai sensi dell'art. 1 del decreto legge 24 dicembre 2003 n. 352, convertito in legge 24 febbraio 2004 n. 43, nonché dell'art. 25, terzo comma della legge 3 maggio 2004 n. 112, consisteva nello svolgere, entro il 30 aprile 2004, un esame della complessiva offerta dei programmi televisivi digitali terrestri, allo scopo di accertare contestualmente, anche tenendo conto delle tendenze in atto nel mercato:

a. la quota di popolazione coperta dalle nuove reti digitali terrestri (che non doveva comunque essere inferiore al 50% della popolazione);

b. la presenza sul mercato nazionale di decoder a prezzi accessibili;

c. l'effettiva offerta al pubblico su reti digitali anche di programmi diversi da quelli diffusi dalle reti analogiche.

La stessa ricorrente, nella sua memoria di appello (pagina 26), dà espressamente atto dell'avvenuto adempimento all'onere conoscitivo da parte dell'AGCOM (con esito favorevole), così come dello scrupolo con cui l'Autorità ha fornito, nella relazione conclusiva al Parlamento, elementi informativi aggiuntivi e non formalmente richiestile, nonché pure della correttezza dell'Autorità che, in occasione di interventi destinati a reprimere fenomeni di pubblicità ingannevole, ha riconosciuto apertamente il carattere sperimentale della tecnica digitale terrestre, nonostante gli intervenuti ampli riconoscimenti normativi.

L'ordinanza di rimessione considera la legge 112/04 una mera, ulteriore protrazione dell'esercizio delle reti "eccedenti", con il conseguente effetto di preclusione all'accesso alle frequenze ai danni dell'appellante.

La l. 112/04 deve tuttavia essere considerata nella sua integrità, ed alla luce del nuovo contesto in cui essa si colloca, determinato dall'"opzione digitale" compiuta con la l. 66/01.

Innanzitutto, la legge n. 112/04 ha fotografato di nuovo lo stato dell'etere e non si è affatto limitata a protrarre a tempo indefinito la sopravvivenza delle reti "eccedenti", attraverso il c.d. "generale assentimento" di cui all'art. 23, comma 1: questa disposizione consente, in effetti, la sola sperimentazione delle trasmissioni digitali da parte dei soggetti già operanti, e la successiva richiesta del definitivo titolo abilitativo a tali trasmissioni, alle condizioni previste dal comma 5 dell'art. 23 (ora autorizzazione generale, ai sensi dell'art. 15, comma 1, d.lgs. 177/05 e 25, d.lgs. 259/03).

Non si tratta quindi di una norma di consolidamento dell'esistente, bensì di un incentivo alla digitalizzazione delle reti, volto, secondo l'ottica già evidenziata, a rendere possibile in fatto la transizione verso la nuova tecnologia.

Viceversa, la sorte di tutte le concessioni ed autorizzazioni analogiche nazionali, comprese ovviamente quelle rilasciate Retequattro era disciplinata dall'art. 25, l. 112/04 (v. anche l'art. 23, d.lgs. 177/05), che non prevedeva alcun consolidamento o proroga automatica.

Al contrario, l'art. 25, ha dettato una disciplina che condizionava in sostanza la sopravvivenza dei concessionari nazionali analogici, compreso il gruppo Mediaset, alla digitalizzazione delle reti, nonché alla presenza di alcune condizioni generali a livello di sistema televisivo, da accertarsi dall'Autorità di settore.

Il comma 3 dell'art. 25 (riprendendo la disposizione di cui all'art. 1, comma 3, d.l. 352/03, convertito in l. 43/04), demandava a questa lo svolgimento di un'analisi dello stato di diffusione e delle prospettive del digitale terrestre, anche con riferimento all'effettiva presenza nel sistema digitale di programmi diversi da quelli diffusi in via analogica, imponendo all'Autorità, in caso di esito negativo, l'adozione di provvedimenti anticoncentrativi ai sensi dell'art. 3, comma 7, l. 249/97.

L'Autorità ha portato a termine l'analisi, rilevando la sussistenza delle condizioni per un rapido sviluppo dell'offerta digitale, con Relazione al Parlamento ed al Governo sullo sviluppo del digitale terrestre, pubblicata in data 27 maggio 2004.

Soprattutto, il comma 11 dell'art. 25 subordinava la proroga delle concessioni sino allo switch-off ai due requisiti, da realizzarsi entro il 25 luglio 2005:

- dell'"effettivo ampliamento delle offerte disponibili e del pluralismo nel settore televisivo previsti dalla Corte costituzionale" (requisito esogeno rispetto alle singole imprese) e, per quanto riguarda i concessionari nazionali,
- della trasmissione in simulcast digitale con copertura di almeno il cinquanta per cento della popolazione nazionale (requisito endogeno legato agli investimenti affrontati da ogni singolo concessionario per la digitalizzazione).

La completa diversità dei presupposti di rilascio della "proroga" rispetto a quelli cui era subordinato l'ottenimento dell'originario titolo concessorio induce a ritenere che la

medesima "proroga", al di là del suo nomen iuris, costituisca un vero e proprio nuovo titolo abilitativo, interamente funzionale alla transizione verso il digitale.

La tesi dell'appellante (pagg. 27 e segg. del ricorso in appello), secondo cui la disciplina di cui al d.l. 352/02 ed alla l. 112/04 costituirebbe un mero "mascheramento" della "proroga del precedente regime analogico transitorio" è un'evidente forzatura.

A tacer d'altro, essa tralascia il fatto che tutti i concessionari analogici che hanno inteso beneficiare della proroga ai sensi dell'art. 25, inclusa ovviamente RTI, anche per quanto riguarda "Retequattro", hanno dovuto affrontare importanti investimenti per la digitalizzazione degli impianti e/o l'acquisizione sul mercato di nuovi impianti da digitalizzare (ai sensi dell'art. 23, comma 3, l. 112/04, ora art. 27, d.lgs. 177/05).

Come meglio si vedrà infra, l'appellante si è viceversa ben guardata dallo spendere alcunché nell'allestimento, ed a maggior ragione nella digitalizzazione della propria rete, preferendo coltivare infondate pretese risarcitorie nei confronti della collettività.

Conclusivamente, la legge n. 112 del 2004 ha superato il vecchio criterio utilizzato ai fini antitrust, valorizzando il nuovo dato per cui l'innovazione tecnologica aveva ormai permesso l'affermazione delle trasmissioni in tecnica digitale, con la conseguente moltiplicazione delle possibilità di raggiungere il pubblico degli utenti.

II. PERIODO TRANSITORIO

Le reti c.d. eccedenti e la fissazione del termine al 31.12.2003.

1. Le Reti eccedenti, alla luce della normativa sopra riportata, hanno dunque continuato legittimamente a utilizzare le frequenze in loro possesso fino al termine del 31.12.2003, fissato da parte dell'Autorità con delibera Cons. n. 346 del 2001 ai sensi dell'art. 3, comma 7, della legge n. 249. Successivamente a quella data, la prosecuzione della loro facoltà di trasmettere su frequenze analogiche è derivata dalla diversa impostazione legislativa del regime giuridico dei criteri antitrust nello specifico settore radiotelevisivo.

L'Autorità operava infatti nell'esercizio di una propria discrezionalità tecnica, limitata avuto riguardo al dato oggettivo del grado di sviluppo del mercato in funzione della necessità di una contemporanea tutela dei diversi interessi e diritti costituzionalmente garantiti implicati dalla materia (in sintesi, le libertà di manifestazione del pensiero e di iniziativa economica).

L'attività dell'Autorità, quale esercizio del potere normativamente attribuitole, era naturalmente delimitata dai termini e principi indicati dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 420/94.

Nella sua pronuncia, peraltro, la stessa Corte aveva ribadito, sì, la necessità di un ridimensionamento delle concentrazioni esistenti, da attuarsi, tuttavia, attraverso un graduale passaggio da un sistema ad un altro.

Sotto questo profilo va evidenziato, infatti, come l'intero impianto normativo della legge n. 249/97, ispirato ai principi costituzionali del pluralismo e della concorrenza (art. 2, comma 6, legge n. 249/97), disciplinava la fase c.d. di transizione sul presupposto della necessità di dover adeguatamente contemperare interessi spesso confliggenti, ma tutti ritenuti meritevoli di tutela.

L'esigenza di considerare con attenzione i vari interessi coinvolti trova riscontro anche nel parere della Commissione bicamerale per l'indirizzo generale e la vigilanza dei sistemi radiotelevisivi approvato nella sua seduta dell'8 febbraio 2001.

2. Con riguardo alla data di maturazione della delibera in oggetto possono inoltre farsi i seguenti rilievi.

Come può leggersi pure nel parere, ora menzionato, della Commissione bicamerale, la determinazione da parte dell'Autorità del termine per la cessazione dell'attività delle Reti eccedenti doveva essere necessariamente contestuale alla trasformazione di un'emittente televisiva pubblica in emittente che avrebbe operato senza risorse pubblicitarie.

Ne consegue che la valutazione dell'Autorità non avrebbe potuto precedere la predisposizione del Piano di ristrutturazione della Rete televisiva pubblica.

Il piano di ristrutturazione della predetta Rete televisiva pubblica fu presentato, però, solo nel 2001 (come dimostra la richiesta di parere alla Commissione Parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi). E questo dà ragione della espressione della determinazione finale da parte dell'Autorità solo alla data della delibera 346/01, benché per quanto l'obbligo di procedere alla definizione del termine per la transizione dall'analogico al digitale delle reti eccedenti risalisse alla legge 249/1997.

3. La Corte Costituzionale con la sentenza n. 466/2002 ha riconosciuto la piena legittimità della valutazione dell'Autorità imponendo, con la sua nota sentenza additiva, che il termine per la cessazione delle trasmissioni da parte delle Reti eccedenti fosse normativamente fissato proprio al 31.12.2003. La Corte ha espresso, nel proprio pronunciamento, tra l'altro, che "...la esigenza di un equilibrato passaggio di riconversione del sistema di trasmissione delle reti eccedenti i limiti anticoncentrativi non esclude la legittimità sul piano costituzionale di un regime transitorio in cui si dilazioni temporaneamente l'applicazione, rispetto a situazioni preesistenti, nei limiti anzidetti. Del resto l'esistenza di un regime transitorio è stata già ritenuta legittima da questa Corte (sentenza n. 420/1994), la quale già in precedenza aveva precisato che la fase transitoria non poteva assumere "di fatto carattere definitivo" senza che la Corte stessa effettuasse "una diversa valutazione con le relative conseguenze"(sentenza n. 826 del 1988). La illegittimità costituzionale non investe il regime transitorio in deroga e nemmeno l'attuale prosecuzione, purché temporaneamente limitata, dell'esercizi delle emittenti in eccedenza rispetto ai limiti anzidetti (combinato disposto dell'art. 2 comma 6 e dell'art. 3 commi 6,9 e 11)".

Si coglie qui l'occasione per rilevare che la Corte dimostra, in occasione della propria pronunzia, di avere piena consapevolezza anche del portato degli impegni comunitari di settore. La Consulta ha infatti menzionato espressamente la direttiva 2002/19/CE, relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica, alle risorse correlate e all'interconnessione delle medesime, la direttiva 2002/20/CE, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica, la direttiva 2002/21/CE, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica, ed infine la direttiva 2002/22/Ce, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica. Pur al cospetto di tutte queste direttive (proprio quelle, si fa notare, che stanno alla base della determinazione dalla

Corte di Giustizia nel procedimento incidentale avviato nel presente procedimento), la Corte ha ritenuto che l'unico profilo di illegittimità accertabile in materia potesse ravvisarsi nella mancata espressa "normativizzazione" del termine già fissato dall'Autorità garante nell'esercizio delle sue prerogative.

Peraltro, la necessità di una fase transitoria per le reti c.d. eccedenti era stata anche valutata dal Giudice amministrativo in alcuni suoi arresti. Lo stesso TAR Lazio, sez. II, si è pronunciato in tal senso, riconoscendo "*nell'art. 3, ai commi 6, 7 e 9, della legge n. 249/97, l'indicazione delle misure idonee a ridimensionare gli attuali operatori nel mercato*", e giudicando corretto l'operato dell'Autorità, per il fatto che "*l'attuale situazione del nostro sistema radiotelevisivo, sia da un punto di vista normativo, che da un punto di vista di evoluzione tecnologica, sia in una fase transitoria, dalla quale non si può prescindere*", onde "*la stessa Autorità deve svolgere la sua opera di tutela della concorrenza e del pluralismo adeguandosi al mutare delle caratteristiche dei mercati*" (v. sent. TAR Lazio, sez. II, nr. 4027 del 9 maggio 2001).

Le Reti c.d. eccedenti e la legge n. 112\2004

Per effetto dell'entrata in vigore delle successive norme del 2003 e 2004 (d.l. n. 352/2003 e L. n.112/2004) le reti eccedenti hanno infine di fatto cessato di essere tali, sul presupposto che il nuovo limite antitrust per il settore televisivo consiste nel divieto di trasmettere una percentuale di programmi complessivamente superiori al 20%.

A partire dall'entrata in vigore della nuova disciplina è divenuto, quindi, ininfluente che il soggetto titolare di una emittente detenga contemporaneamente due o più concessioni, a condizione, naturalmente, che la sua capacità di trasmissione non esorbiti il limite massimo del 20% dei programmi complessivamente realizzati. Tale cambiamento di ottica è stato determinato dalla considerazione dell'intervenuta ampia diffusione di sistemi di trasmissione diversi dall'analogico terrestre, capaci di raggiungere un elevato numero di utenti e garantire, così, l'effettività del pluralismo dell'informazione, secondo quanto il legislatore ha desunto dalla Relazione al Parlamento di cui la legge medesima onerava l'Autorità Garante per le Comunicazioni.

@@@@@@@@@@@@@@@@

Sulla base di quanto sin qui rappresentato e richiamati i precedenti scritti difensivi, si ritiene che le domande riproposte dalla Società siano da respingere in quanto prive di fondamento, come correttamente ritenuto in primo grado per le seguenti ulteriori considerazioni e controdeduzioni in

DIRITTO

A. Rilievi di ordine processuale.

1. - DECADENZA

Effetti dell'inversione logica e procedimentale nel DM impugnato.

Innanzitutto, tale anomalia del DM ha immancabilmente comportato la radicale incompletezza dell'atto "concessorio", che però non è stata mai lamentata attraverso una rituale azione impugnatoria spedita nei termini di rito.

In tal modo, si è ormai consolidato un anomalo assetto di interessi (imperniato su di una concessione sostanzialmente priva di oggetto: onde la carenza del profilo dell'attribuzione di utilità su un bene pubblico impedisce finanche di considerare l'atto

posto a fondamento del ricorso come avente natura concessoria), che il ricorrente solo molto tempo dopo ha inteso attrarre nel fuoco delle sue contestazioni.

Lo schema logico-giuridico cui va ricondotta l'azione amministrativa a suo tempo dispiegatasi è quindi quello della fattispecie complessa a formazione progressiva, risultante dalla combinazione di un primo atto c.d. concessorio (ma in realtà privo di tale natura), e di un successivo atto di definizione ed assegnazione delle frequenze.

Alla definizione della procedura concessoria avrebbe poi fatto seguito la predisposizione del programma di adeguamento da parte del Ministero di intesa con l'Autorità.

Lo stesso programma di adeguamento necessitava esso stesso, peraltro, di ulteriori valutazioni tecniche, mutuando la stessa natura giuridica dell'atto di pianificazione del quale costituiva indefettibile completamento.

La sua mancata adozione per essere apprezzata quale fatto illecito da porre a base dell'azione risarcitoria richiedeva tuttavia, a tutto concedere (ove cioè controparte non debba essere ritenuta già irrimediabilmente decaduta per omessa tempestiva impugnativa avverso la mancanza di contenuto del proprio titolo), un rituale accertamento giurisdizionale nelle forme del cd. silenzio – inadempimento.

Sotto il profilo processuale, l'assenza di un vero provvedimento quale manifestazione di volontà definitiva dell'amministrazione, ma piuttosto di un atto prodromico e preparatorio del provvedimento finale che solo avrebbe attribuito diritti e legittimato tutele, induce a ritenere che il ricorso originario poteva presentare alcuni profili di inammissibilità. Esso infatti è diretto contro un atto il cui contenuto discrezionale – cioè l'esercizio della potestà amministrativa – non si era ancora formato ed esternato integralmente, per cui lo stesso interesse a ricorrere in tale momento preparatorio non poteva ritenersi sussistere.

L'Amministrazione, di contro, aveva un obbligo di procedere in materia nell'esercizio delle proprie competenze istituzionali, senza obbligo di necessaria ottemperanza alle richieste dell'istante. Peraltro l'ottemperanza alle richieste del ricorrente avrebbe comportato la compressione delle posizioni giuridiche protette di altre emittenti che già operavano nel mercato radiotelevisivo con il rischio, in alcuni casi, data la scarsezza delle frequenze, di dover disporre la cessazione dell'attività di impresa.

Come correttamente osservato dal TAR nella sentenza n.9319/04, relativa al contenzioso, pure oggi all'esame di codesto alto Consesso (R.R.570/05), di Centro Europa 7 contro l'abilitazione di Retequattro, con il suo inequivoco comportamento Centro Europa 7 ha dimostrato che "*l'atto lesivo della* [sua] *posizione giuridica non è l'impugnato decreto di abilitazione provvisoria rilasciato alla controinteressata RTI, atto neutro o quanto meno privo di conseguenze dirette ed univoche in ordine all'attribuzione delle frequenze ala ricorrente, bensì la mancata adozione, da parte del Ministero, degli atti necessari al fine di consentire alla concessione di produrre i propri effetti tipici in assenza dei quali la concessione, pur rilasciata, risultava totalmente inefficacie ed una sorta di scatola vuota*".

Ma attenzione! La domanda della ricorrente è domanda risarcitoria e non di illegittimità del provvedimento, rispetto al quale ogni termine impugnatorio è scaduto.

Costituisce, invero, insegnamento giurisprudenziale consolidato il principio,

richiamato dai primi giudici nella decisione gravata , secondo il quale la **sopravvenienza** dell'interesse a ricorrere non determina la **riapertura** del termine di impugnazione, essendo quest'ultimo collegato alla piena conoscenza (effettiva o legale) del provvedimento lesivo e non già ai fatti (successivi ad esso) dai quali venga desunta la pretesa illegittimità dell'atto censurato (cfr., *ex multis* IV Sez. 30 settembre 2002, n. 4987, VI 20 settembre 2002, n. 4780 e V, 21 giugno 2002, n. 3408).

Ciò che è in linea con la natura **decadenziale** del termine a ricorrere, che impedisce la rilevanza di qualsiasi accadimento di natura soggettiva od oggettiva sull'inarrestabile trascorrere del tempo.

Del resto, risulta smentita *per tabulas* la tesi che Centro Europa 7 si sarebbe avveduta della lesione asseritamente arrecata alla sua posizione giuridica soltanto quando si è resa conto del fatto che non le sarebbe stata riconosciuta un'adeguata disponibilità di frequenze a cagione dell'*abilitazione* provvisoria assentita a RETEQUATTRO: ciò in quanto - anche ad ammettere (senza, tuttavia, concederla) l'esistenza del rapporto eziologico ipotizzato *ex adverso* (in realtà, insussistente) - certo è, comunque, che il vizio denunciato sarebbe risultato rilevabile **già all'atto dell'emanazione** del D.M. 27 luglio 1999.

Tant'è che l'odierna ricorrente - lamentando nel decreto di concessione la mancata assegnazione delle frequenze - sin dal 3 dicembre 1999 ha avanzato una richiesta di integrazione del proprio titolo concessorio e, successivamente, impugnato dinanzi al T.A.R., **con separato gravame (pure esso chiamato all'odierna udienza – R.R. 1298/05)**, il diniego opposto alla sua diffida dal Ministero (con nota n.41521/1999, peraltro, **meramente confermativa,** di quanto già previsto nella concessione).

Ciò sta a significare che controparte avrebbe dovuto censurare - **tempestivamente** - il provvedimento dell'Amministrazione di cui si lamenta l'inosservanza: ovverosia **il titolo concessorio assentitole**, nella parte in cui non prevedeva l'assegnazione delle frequenze a suo favore.

Il ricorso avversario si rivela, pertanto, improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse, attesa allo stato l'impossibilità per l'appellante di giovarsi degli effetti della richiesta pronuncia di annullamento.

Centro Europa 7 è, infatti, **attualmente priva** di qualsiasi titolo abilitativo che la legittimi ad operare nel settore televisivo in ambito nazionale.

Va precisato al riguardo che la concessione rilasciata all'odierna appellante nel 1999 è **venuta a scadenza**, per decorso del termine di durata esennale, nel 2005.

La società interessata ha presentato istanza di rinnovo del titolo, sulla quale il Ministero si è pronunciato con nota prot. 6434 del 5 maggio 2005, **rigettandola**, nel rilievo che la normativa vigente **non consente** il rinnovo delle concessioni radiotelevisive analogiche su scala nazionale.

Tale provvedimento è stato impugnato da Centro Europa 7 dinanzi al TAR del Lazio, con il ricorso n. **6689/2005**, tutt'ora pendente, presso la II Sezione. Ma -non avendo formato oggetto di misure interinali- è allo stato **pienamente valido ed efficace**.

L'appellante ha presentato, successivamente, in data 22.07.2005 anche un'istanza di proroga della concessione **ormai scaduta**, alla quale l'amministrazione ha risposto il

22.10.2005 con nota DGSCER/UFF.III n.18806 nella quale si chiedeva alla ricorrente Europa 7 di provare, ai sensi dell'art.25, co. 11, L. n.112/2004, che stesse trasmettendo in tecnica digitale.

Nota rimasta senza seguito proprio perché controparte non ha mai provato di possedere i requisiti irchiesti.

Va da sé che la **mera pendenza** dell'istanza di proroga **non può** ovviamente determinare l'**ultrattività** del titolo **scaduto**.

L'interesse dell'appellante al gravame deve ritenersi venuto meno anche sotto ulteriore e distinto profilo.

Ed invero, tutti i provvedimenti abilitativi rilasciati per **le trasmissioni analogiche** hanno **cessato** di produrre i loro effetti, in quanto ormai sostituito da differenti titoli abilitativi, e cioé dal provvedimento di "***proroga***" ai sensi dell'art. 25, comma 11, l. 3 maggio 2004, n. 112, come evidenziato dal Ministero delle comunicazioni nel DM 20.06.2005 attuativo.

Inoltre, il provvedimento, oltre ad avere **esaurito** i suoi effetti, non può essere considerato neppure quale atto presupposto dei nuovi titoli abilitativi sopra citati, in ragione **dell'assoluta diversità** dei requisiti di rilascio di questi, nonché dei **differenti contenuti** rispetto a quelli di tale provvedimento.

Al contrario di quanto sostenuto dall'appellante, la legge n.112/04 non si è affatto limitata a protrarre a tempo indefinito la sopravvivenza delle reti "*eccedenti*", attraverso il c.d. "*generale assentimento*" di cui all'art. 23, comma 1: questa disposizione consente, in effetti, la **sola sperimentazione** delle trasmissioni digitali da parte dei soggetti già operanti, e la successiva richiesta del definitivo titolo abilitativo a tali trasmissioni, alle condizioni previste dal comma 5 dell'art. 23 (ora autorizzazione generale, ai sensi dell'art. 15, comma 1, d.lgs. 177/05 e 25, d.lgs. 259/03).

Non si tratta quindi di una norma di consolidamento dell'esistente, bensì di un vero e proprio ***incentivo alla digitalizzazione*** delle reti, volto a rendere possibile di fatto la transizione verso la nuova tecnologia.

Preclusioni derivanti dallo *jus superveniens*

Come già esposto, l'assegnazione di frequenze a Centro Europa 7 secondo quanto previsto dal titolo concessorio ad essa rilasciato nel 1999 (venuto nel frattempo a scadenza), è ormai preclusa dal fatto che la l. 20 marzo 2001, n. 66, di conversione del d.l. 23 gennaio 2001, n. 5, all'art. 2 *bis*, ha affidato all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni il compito di redigere un nuovo Piano nazionale di assegnazione delle frequenze, in tecnica digitale (l'Autorità ha provveduto con delibera n. 15/03/CONS, del 29 gennaio 2003).

Il successivo art. 23, comma 9, l. 3 maggio 2004, n. 112 ha ulteriormente chiarito che "*Il repertorio dei siti di cui al piano nazionale di assegnazione delle frequenze per la diffusione radiotelevisiva resta utilizzabile ai fini della riallocazione degli impianti che superano o concorrono a superare in modo ricorrente i limiti e i valori stabiliti in attuazione dell'articolo 1, comma 6, lettera a), numero 15), della legge 31 luglio 1997, n. 249* (disposizioni in tema di c.d. "elettrosmog", n.d.r.)", così precisando in modo definitivo che il Piano nazionale di assegnazione delle frequenze in tecnica analogica del 1998, atto presupposto rispetto a qualsiasi

provvedimento di assegnazione di frequenze a favore dei soggetti beneficiari delle concessioni rilasciate nel 1999, deve considerarsi superato e sostituito dal nuovo Piano digitale.

L'assegnazione di frequenze per la radiodiffusione televisiva, ad oggi, potrebbe avere luogo, a favore di soggetti aventi titolo, tra cui non rientra Centro Europa 7, **soltanto** in modo compatibile con il programma di attuazione del Piano nazionale di assegnazione delle frequenze in tecnica digitale di cui alla delibera 15/03/CONS, definito ai sensi dell'art. 22, comma 1, l. 112/04 (ora art. 42, comma 11, D.Lgs. n.177/05).

La circostanza non è di poco momento ai fini del risarcimento dei danni.

L'**unica domanda proposta da controparte** è quella presuntivamente ritenuta derivante da lesione di interessi legittimi, sempre che l'atto amministrativo, asseritamente lesivo, possa giudicarsi idoneo ad impedire il conseguimento del bene della vita e della connessa utilità economica.

Nel caso in cui, viceversa, l'apprezzamento riservato all'Amministrazione risulti caratterizzato da valutazioni discrezionali, deve reputarsi preclusa al giudice la delibazione della spettanza del bene della vita correlato all'interesse pretensivo leso (verificandosi, altrimenti, un'inammissibile sostituzione dell'organo giudiziario a quello amministrativo, per legge unicamente competente a compiere quella valutazione), con la conseguenza che, in questa ultima ipotesi, ci si dovrà riferire, ai fini della verifica della sussistenza di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito e della determinazione del pregiudizio risarcibile, ai diversi parametri, di segno prettamente probabilistico, che in seguito verranno illustrati.

La Società fa mostra di non avere inteso uno dei punti cardine della decisione impugnata contenuto nella premessa secondo cui "se l'oggetto della concessione de qua consiste nell'attribuzione di determinate frequenze, allora la mancata assegnazione delle stesse costituisce un vizio del provvedimento ampliativo ", proposizione nella quale viene messo in luce un profilo essenziale della questione, vale a dire quello della **mancata impugnazione** da parte dell'odierna appellante **del provvedimento di rilascio della concessione**.

Orbene quello di cui si duole in questo giudizio la Società è proprio la mancanza di individuazione delle frequenze e delle loro attribuzioni risalente al provvedimento citato, **che però lo stesso ricorrente ha omesso a suo tempo di impugnare.**

Tant'è vero che essa ha poi cercato di rimediare a questa dimenticanza impugnando la nota 22\12\99 del Ministero stesso, definendola "sostanziale diniego alla richiesta di integrazione della concessione ministeriale".

In realtà tale altro giudizio (definito dal TAR Lazio con sentenza 9325\04 impugnata dinanzi a codesto Consiglio – R.R.1298/05) verte sull'obbligo dell'Amministrazione di pronunciarsi sulla diffida e non l'obbligo di attribuire le frequenze, per cui la sua stessa pendenza dimostra che l'unico atto pregiudizievole o comunque quello che ha determinato i successivi ritardi in questa sede lamentati non è mai stato impugnato da controparte.

Quindi l'atto di concessione dalla cui illegittimità controparte si duole non è più suscettibile di annullamento e vincola la parte appellante a quanto da esso disposto.

Non giova quindi all'appellante richiamare la dottrina in materia di rilascio delle licenze da parte dell'AGCOM, poichè i diritti cui ivi si fa cenno sono quelli relativi allo sfruttamento di una licenza avente un oggetto ben determinato, con un corrispettivo obbligo di versamento dell'importo offerto nel corso della gara, profilo questo anch'esso mancante nel caso di specie in cui la Società non è tenuta al pagamento di alcun canone.

Nel punto 2.2. del suo appello essa contesta il riconoscimento operato dal TAR di un'ampia discrezionalità" dell'Amm.ne in materia di assegnazione delle frequenze, affermandosi che invece il Ministero avrebbe esaurito la sua potestà discrezionale nel rilascio della concessione, così da trovarsi dopo questo provvedimento in una posizione di obbligo nei confronti dei privati.

Si rileva per contro che il Tribunale ha inteso sottolineare, nel passaggio della motivazione ricordato da controparte, che i provvedimenti di assegnazione delle frequenze, oltre ad avere natura autoritativa, hanno altresì una connotazione tecnica, per la quale va riconosciuto all'Amministrazione l'esercizio di una considerevole discrezionalità.

Si tratta comunque di una discrezionalità ancora da esercitare, dal momento che "la concreta individuazione delle frequenze, le quali, giova ripeterlo, costituiscono un elemento essenziale di una concessione per la radiodiffusione televisiva.....è stata posticipata e subordinata alla successiva adozione dei necessari provvedimenti da parte delle competenti amministrazioni" e non si deve neppure dimenticare che, nell'ambito della stessa proposizione, il TAR ha esattamente annotato che in mancanza dell'individuazione di tali frequenze"il provvedimento risulta incapace di produrre i propri effetti tipici".

Pertanto è vano discutere sulla discrezionalità che la PA ha conservato nell'ambito del procedimento in corso, senza confrontarsi con la mancanza di effetti di una concessione, che allo stato costituisce solo il riconoscimento di un'astratta priorità rispetto alla successiva attribuzione delle reti degli impianti.

E non a caso il Tribunale suggerisce la possibilità di ricorrere allo strumento della diffida per attivare una procedura di silenzio-rifiuto, come l'unica idonea ad uscire dall'impasse che la Società ricorrente indica quale origine delle sue contestazioni.

È evidente infatti che gli unici obblighi gravanti sull'Amministrazione sono quelli nascenti dall'atto concretamente adottato vale a dire all'attribuzione di una delle reti che avrebbero dovuto essere previste dal Piano Nazionale di assegnazione delle frequenze.

Nel punto 2.3 la Società considera frutto di un equivoco la tesi del TAR secondo cui l'illegittimità del provvedimento ampliativo per mancata individuazione delle frequenze non potrebbe comportare la nascita di un diritto soggettivo.

In realtà il giudice di I grado sviluppa un ragionamento coerente, escludendo un diritto soggettivo su frequenze che non sono state assegnate e controparte è costretta a respingere come non propria la tesi dell'illegittimità della concessione, non potendo più fare valere questo vizio per decorrenza dei termini.

Anzi la Società punta a far interpretare il provvedimento, nel dubbio, in conformità alla legge, per trarne la conseguenza di un obbligo di prestazione gravante sulla P.A., momentaneamente inesigibile, salvo poi fissare un termine massimo di scadenza a 24 mesi di tale inesigibilità.

Si tratta però di un'argomentazione solo parzialmente condivisibile, in quanto il termine biennale nel caso concreto riguardava il periodo concesso al privato per la realizzazione della rete, come si evince chiaramente al testo della concessione; mentre la temporanea inesigibilità della prestazione era legata ad altre circostanze che hanno comportato una protratta dilazione dell'esecuzione dell'obbligo assunto della P.A., escludendo quindi la sussistenza del presupposto di fatto per il riconoscimento sia di un forma di inadempimento sia tanto più di un obbligo risarcitorio.

Su questa erronea impostazione si fondano, e quindi vanno respinte, le richieste di adempimento di cui al punto 3 dell'appello: a parte la contraddittorietà di attribuire ai 24 mesi prima la natura di termine a favore del concessionari (3.1) e subito dopo (3.2) di fare decorrere dalla sua scadenza l'ipotizzato inadempimento dell'Amministrazione, non sussiste alcuna ragione tecnico-giuridica per definire la data del 28\10\02 come quello dopo la quale l'Amministrazione avrebbe dovuto adempiere alla concessione senza potere più accampare alcun pretesto.

La concessione non prevedeva questa data, essa non è stata fissata dalla legge, nè è stata concordata tra le parti; in sostanza non solo la società non aveva alcun diritto all'attribuzione delle rete entro tale data, ma neppure poteva far valere una qualsiasi forma di affidamento sulla stessa, al contrario essendo ben consapevole della peculiarità e complessità dell'evoluzione dell'ordinamento tecnico giuridico del settore.

2. la pregiudiziale amministrativa

Chiariti tali aspetti, è allora doveroso richiamare gli effetti preclusivi che discendono dal principio della c.d. pregiudiziale amministrativa.

In assenza di un'iniziativa giurisdizionale volta all'accertamento dell'illegittimità della condotta dell'Amministrazione dalla quale sarebbe scaturita la sua responsabilità patrimoniale, **l'azione di risarcimento danni va dunque considerata inammissibile.**

Come evidenziato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (pronuncia del 15 settembre 2005 n. 7, in tema di risarcimento del danno da inerzia della PA), pur potendosi teoricamente ammettere, in un ordinamento preoccupato di conseguire un'azione amministrativa particolarmente sollecita, che alla violazione dei termini di adempimento procedimentali possano riconnettersi conseguenze negative per l'Amministrazione anche di ordine patrimoniale, ciò non toglie che il sistema di tutela degli interessi pretensivi, nelle ipotesi in cui si fa affidamento sulle statuizioni del giudice per la loro realizzazione, consente il passaggio a riparazione per equivalente solo quando gli stessi interessi, incapaci di trovare realizzazione con l'atto in congiunzione con l'interesse pubblico, assumano a proprio oggetto la tutela di interessi sostanziali, e perciò la mancata emanazione o il ritardo nella emanazione di un provvedimento vantaggioso per l'interessato, e come tale suscettibile di appagare un bene della vita (cfr. Consiglio di Stato 30.11.2007 n. 7; in questo senso v. anche T.a.r. Lazio, sez. I, 10-05-2006, n. 3432:

"Il risarcimento del danno arrecato a un interesse legittimo presuppone l'annullamento dell'atto amministrativo lesivo ovvero la declaratoria dell'illegittimità dell'inerzia della p.a.; tuttavia il risarcimento del danno non è conseguenza automatica dell'annullamento giurisdizionale dell'atto impugnato, ma richiede la verifica di tutti i requisiti previsti dalla legge (la lesione della posizione soggettiva, il nesso causale fra danno e atto illegittimo della p.a. e una condotta almeno colposa dell'amministrazione").

Il Consiglio di Stato ha altresì chiarito che, laddove l'inerzia dell'Amministrazione si sia protratta oltre il consentito, la possibilità del conseguimento del risarcimento danno da ritardo compete solo nel caso il provvedimento finale abbia riconosciuto all'interessato il bene della vita cui aspira e vi sia stata una previa diffida ad adempiere, così ribadendo che la spettanza del risarcimento presuppone il previo accertamento della sussistenza del diritto che si assume essere stato leso (dall'inerzia o dal ritardo della PA): "1.Rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo la controversia relativa ad un'azione risarcitoria promossa nei confronti dell'amministrazione a causa del ritardo nella definizione del procedimento.2.Il risarcimento del danno per il ritardo nella definizione del procedimento da parte dell'amministrazione spetta solo nel caso in cui il provvedimento finale abbia riconosciuto all'interessato il bene della vita richiesto.3.Non è risarcibile il danno conseguente al ritardo con il quale l'amministrazione ha definito il procedimento nel caso in cui la scadenza dei termini procedimentali non sia stata seguita dalla notifica della diffida a provvedere, condizione necessaria per la qualificazione dell'inadempienza della p.a. (fattispecie anteriore, come la presente, all'entrata in vigore dell'art. 3, 6° comma bis, d.l. 14 marzo 2005 n. 35, convertito in l. 14 maggio 2005 n. 80, che, dopo la l. 11 febbraio 2005 n. 15, ha ulteriormente modificato l'art. 2 l. 7 agosto 1990 n. 241). 4.La tutela risarcitoria per equivalente degli interessi legittimi pretensivi per il ritardo nella adozione di provvedimenti amministrativi è ammissibile solo quando si tratti della mancata emanazione o del ritardo nella emanazione di un provvedimento vantaggioso per l'interessato, suscettibile di attribuire una utilità sostanziale ovvero il bene della vita richiesto; non è pertanto risarcibile il danno da «mero ritardo» per il superamento dei termini fissati per la conclusione del procedimento, che prescinde dalla spettanza del bene della vita. "(C. Stato, Ad. Plen., 15-09-2005, n. 7).

Nel senso della necessaria previa attivazione della procedura di silenzio-inadempimento per la formulazione della richieste di risarcimento dei danni la giurisprudenza amministrativa è amplissima e consolidata.

E ancora C.Stato, sez. VI, 19-02-2003, n. 939 chiarisce:

"In assenza di una specifica disposizione che espressamente preveda il termine come perentorio, comminando la perdita della possibilità di azione da parte dell'amministrazione al suo spirare o la specifica sanzione della decadenza, lo stesso deve intendersi come meramente sollecitatorio o ordinatorio ed il suo superamento non determina l'illegittimità dell'atto, ma una semplice irregolarità non viziante;".

Tutto ciò premesso, è agevole osservare come nella presente vicenda il Giudice amministrativo non abbia mai riconosciuto la fondatezza della pretesa della ricorrente al

bene della vita di cui si tratta, la cui mancata attribuzione l'avversaria non è conseguentemente legittimata a lamentare ai fini risarcitori.

Addirittura, nella specie non si ravvisa neppure, almeno nei confronti dell'Autorità Garante per le Comunicazioni, alcuna possibilità di accertamento di una eventuale illegittimità di un suo ipotetico operato omissivo.

La stessa ricorrente (pag.3 dell'atto di appello) riferisce di avere diffidato ad integrare il titolo concessorio esclusivamente il Ministero delle Comunicazioni, così implicitamente confermando (cfr. pagina 19 della memoria) la validità della tesi sulla indispensabilità della previa diffida, e limitandosi a dolersi che il TAR non aveva concluso che la diffida e il conseguente procedimento giudiziale erano stati regolarmente realizzati.

Nei confronti del Ministero delle Comunicazioni, poi, come meglio si dirà appresso, il TAR del Lazio, con la sentenza n. 9325/2004 del 14 luglio 2004, non ha mai accertato la fondatezza della pretesa della ricorrente, ma solamente l'illegittimità del provvedimento ministeriale in concreto assunto in esito alla diffida ad integrare il titolo, e ciò, va sottolineato, solo per il mero fatto che lo stesso provvedimento non costituiva né una revoca dell'atto c.d. concessorio (considerata quindi un esito perfettamente possibile), né, all'opposto, un provvedimento utile a far produrre al predetto atto i propri effetti naturali.

3. divieto di ampliamento della domanda in appello

La domanda introduttiva del giudizio di appello è polarizzata, in via subordinata, sulla titolarità (presunta) da parte del ricorrente di una situazione giuridica soggettiva di interesse legittimo, in luogo di una situazione di diritto soggettivo (risarcimento del danno).

In grado di appello non è tuttavia consentito ampliare la domanda attraverso l'allegazione, sia pure in via subordinata, di una nuova *causa petendi*, imperniata sulla diversa situazione giuridica dell'interesse legittimo – in luogo di quella, univocamente invocata in primo grado, del diritto soggettivo –, e, sopratutto, evocando una fattispecie di illecito totalmente diversa da quella sinora prospettata (illecito di tipo aquiliano, in luogo dell'illecito da inadempimento o "contrattuale" originariamente introdotto; o addirittura illecito del Legislatore).

Il *thema decidendum* deve pertanto rimanere ancorato alla fisionomia impressa alla causa all'epoca della sua introduzione.

B- MERITO

- **Elemento oggettivo dell'illecito:**

1. Conformità dell'operato delle Amministrazioni alle legge

L'illecito dedotto dalla ricorrente consisterebbe nella mancata assegnazione delle frequenze, fatto che le avrebbe impedito l'esercizio dell'attività di impresa.

Questa difesa, tuttavia, ha sopra ricostruito il quadro normativo di riferimento facendo constare che non vi è mai stata una condotta illegittima da parte delle Amministrazioni intimate, il cui comportamento è sempre stato pienamente aderente alla disciplina di settore.

2. Fattori normativi ostativi al riconoscimento del bene rivendicato dalla parte

Codesto Ecc.mo Consiglio, nella decisione interlocutoria n. 3846/2005 (in un passaggio, tra l'altro, specificamente richiamato al punto 39 del pronunciamento del 30 gennaio 2008 dalla Corte di giustizia), ha già individuato in **fattori essenzialmente normativi** la causa della mancata assegnazione delle frequenze alla ricorrente. Anche quest'ultima società, peraltro, pur oltre a riconoscere in diversi passaggi dei propri scritti l'obiettività dei giudizi resi dall'AGCOM nelle occasioni in cui la stessa è stata richiesta di rappresentare al Parlamento la situazione di fatto e di diritto in cui versava il sistema radiotelevisivo in Italia (pagg. 30 e 31 del ricorso in appello), dichiara apertamente che le disposizioni di legge vigenti "non consentono ad Europa 7 di ottenere il "bene della vita" che lo Stato aveva posto in gara" (pag. 32 del ricorso in grado di appello);

3. Sentenza Tar Lazio n. 9325/04

Peraltro, come si è avuto occasione di anticipare, anche il giudice di primo grado, con la sentenza TAR Lazio n. 9325/2004 del 14 luglio 2004, aveva riconosciuto alla Amministrazione la possibilità di *optare legittimamente* tra l'attuazione della "concessione" oppure, all'opposto, la revoca della concessione medesima, purché sulla base di una specifica e dettagliata illustrazione dei presupposti di fatto e di diritto che rendevano impossibile la definizione della procedura concessoria.

Il Giudice di prime cure con il predetto pronunciamento ha chiarito, difatti, che non sussisteva un obbligo ineludibile per l'Amministrazione di dare immediata esecuzione alla concessione, individuando le relative frequenze ed assegnandole alla ricorrente, secondo quanto da essa prospettato; al contrario, il TAR ha posto in luce come l'Amministrazione, nell'arco temporale di riferimento -dal rilascio della concessione alla data di emissione della sentenza-, aveva, al cospetto della diffida dell'emittente privata, la possibilità di liberamente optare tra il dare attuazione alla concessione ovvero il revocare, motivatamente, la concessione medesima, per essere la sua attuazione divenuta impossibile.

La portata dell'obbligo affermato nella sentenza in argomento si esauriva, in altri termini, nella semplice necessità per l'Amministrazione della adozione di una conclusiva pronuncia espressa, che riflettesse le precise determinazioni finali –di qualsivoglia contenuto- dell'Amministrazione in ordine al procedimento all'epoca pendente.

Tale *decisum* esattamente circoscrive, dunque, l'illegittimità del comportamento dell'Amministrazione, incentrandola sul solo aspetto, di indole evidentemente formale, che la medesima non aveva operato una chiara scelta tra le due soluzioni (integrazione della concessione, ovvero revoca motivata della stessa) astrattamente possibili.

Peraltro, finanche lo stesso ricorrente (pagina 13 del ricorso Tar) si mostra consapevole della predicabilità di una eventuale revoca. A pag. 13 si legge, infatti: "In realtà, a meno di un anno e 8 mesi dalla….scadenza della concessione rilasciata il 28 luglio 1999, la società ricorrente Centro Europa 7 non ha ancora ricevuto la prestazione oggetto del titolo concessorio!! E ciò senza che le Amministrazioni resistenti abbiano comuicato alcunché al riguardo: né il piano di adeguamento; né il provvedimento di proroga; **né un eventuale revoca della concessione**; tanto meno l'assegnazione di frequenze per consentire comunque alla ricorrente l'esercizio dell'attività televisiva in

ambito nazionale, così come imposto dal titolo concessorio rilasciato dal Ministero delle Comunicazioni".

La c.d. concessione avrebbe dunque ben potuto essere revocata, poiché ve ne erano i presupposti di fatto e di diritto, dal momento che la sopravvenuta disciplina di settore, da un lato, spingeva per il superamento delle trasmissioni in tecnica analogica, e, dall'altro, espressamente abilitava gli operatori già attivi ad esercire gli impianti già in uso. Il titolo in discorso, inoltre, difettando di oggetto, non aveva mai potuto conseguire efficacia giuridica (sicchè, più che di revoca, si sarebbe trattato di un suo più agevole "mero ritiro").

Il pronunciamento del Tar è semplicemente nel senso che "non è stata indicata alcuna ragione in base alla quale non era stato possibile procedere". Il Tribunale non ha quindi affermato la fondatezza dell'assunto attoreo, ma ha solo rilevato, in sostanza, un difetto di motivazione del provvedimento.

Inoltre, lo stesso Giudice ha riconosciuto natura provvedimentale alla determinazione assunta dall'amministrazione in esito all'istanza di parte, così implicitamente escludendo anche sotto questo profilo la sussistenza di un diritto di parte privata, e confermando invece il permanere di una potestà dell'Amministrazione, tale da impedire ad esso Giudicante di entrare nel merito della legittimità della pretesa avanzata.

Orbene, l'Amministrazione non si è adagiata sulla fin troppo agevole strada di operare il mero ritiro dell'atto; questo è stato lasciato invece in piedi, nell'evidente intento di continuare a ricercare la possibilità di una soluzione favorevole per l'emittente Europa 7: ma una simile soluzione si è stati impossibilitati a trovare, a causa della situazione normativa e fattuale che si è all'inizio descritta.

<u>Compatibilità della normativa di settore con i parametri costituzionali e con la normativa di derivazione comunitaria</u>

La normativa di settore deve essere valutata alla luce della compatibilità con i parametri costituzionali, ovvero come pure con la conferente normativa di derivazione comunitaria, ove suscettiva di immediata applicazione.

Sul punto il Consiglio di Stato ha peraltro già riscontrato atto della compatibilità costituzionale della disciplina di settore quantomeno fino al 31.12.2003, per avere la stessa Corte Costituzionale, con la sentenza n. 466 del 2002, legittimato fino a tale data la prosecuzione dell'attività di emittenza da parte delle "reti eccedenti".

Per il periodo successivo al 31.12.2003, invece, codesto Ecc.mo Collegio si è riservato di valutare la legittimità costituzionale delle disposizioni applicabili *ratione temporis*.

A quest'ultimo riguardo mette allora conto subito sottolineare che la disciplina intervenuta dopo il 31.12.2003 è formulata su presupposti ben diversi rispetto a quelli che avevano determinato l'insorgere di valutazioni di dubbia costituzionalità per mancato rispetto del pluralismo.

La nuova disciplina, infatti, rilevata l'imminenza del passaggio al digitale terrestre, e sul presupposto che il giudizio dell'Autorità sull'attuale diffusione del digitale terrestre forniva ampie garanzie circa il rispetto del pluralismo, autorizzava la prosecuzione *sine die*

(con il termine finale rappresentato dall'operatività del passaggio al digitale per tutte le emittenti) delle emittenti già operanti.

La disciplina da ultimo nata non è mai stata sottoposta al vaglio di legittimità della Corte Costituzionale.

Un eventuale scrutinio di costituzionalità, sulla scia delle sollecitazioni dell'avversaria, richiederebbe una valutazione del nuovo operato del legislatore sotto il profilo del rispetto dei principi di pluralismo.

Non si hanno difficoltà ad ammettere, in proposito, che una mera proroga del periodo transitorio delineato dalla legge 249/97 per le reti eccedenti sarebbe probabilmente potuta apparire in contrasto con le indicazioni impartite dalla Consulta nella sentenza n. 466/2002.

Ciò non potrebbe valere, però, per rispetto ad una disciplina di settore del tutto nuova, quale è quella che è varata con la legge 112/2004 .

La stessa sentenza della Corte sembra, tra l'altro, preludere -e dunque in un certo senso anticipatamente supportare- la nuova scelta politica del legislatore, dove il Giudice di legittimità nei propri passaggi motivazionali finali evidenziava: "D'altro canto, la data del 31.12.2003 offre margini temporali all'intervento del legislatore per determinare le modalità della definitiva cessazione del regime transitorio di cui al comma 7 dell'art. 3 della legge 249/97 . E' appena il caso di precisare che la presente decisione, concernente le trasmissioni radiotelevisive in ambito nazionale su frequenze terrestri analogiche, non pregiudica il diverso futuro assetto che potrebbe derivare dallo sviluppo della tecnica di trasmissione digitale terrestre, con conseguente aumento delle risorse tecniche disponibili" (enfasi aggiunta) .

La Corte chiariva quindi, così, almeno due aspetti importanti:

1. la data del 31.12.2003 era un termine certo di riferimento entro il quale il legislatore avrebbe dovuto determinare le modalità di effettiva cessazione del regime transitorio, ma non doveva necessariamente costituire anche il termine obbligato di materiale cessazione del regime medesimo;
2. la coesistenza di reti che trasmettono (anche, o soltanto) sul digitale terrestre, con reti che trasmettono su frequenze analogiche, "con conseguente aumento delle risorse tecniche disponibili", ben avrebbe potuto legittimare una diversa valutazione di compatibilità con la Carta di una successiva normativa, con riferimento al necessario rispetto dei principi di pluralismo e di eguaglianza.

Conclusivamente, dunque, sul versante nazionale la valutazione di legittimità costituzionale è stata operata dalla Corte delle Leggi con esclusivo riguardo al periodo ante 2003. Per il periodo successivo – e quindi rispetto alla normativa sopravvenuta–, invece, una questione di legittimità a carico del d.l. n. 352/2003 e della legge n. 112/2004 non è mai stata neppure sollevata.

Ne discende che la relativa disciplina non poteva che essere obbligatoriamente applicata dalle Amministrazioni resistenti (salvo quanto si preciserà appresso sui profili di eventuale contrasto con la normazione comunitaria).

E sia consentito far notare che l'intervenuto mutamento del contesto fattuale che ormai vede, e da tempo, una coesistenza tra reti analogiche e digitali, adeguatamente

diffuse sul territorio nazionale, ben difficilmente potrebbe ora giustificare un giudizio di illegittimità costituzionale della disciplina di settore per violazione dei principi di eguaglianza e pluralismo dell'informazione.

Sui rapporti tra la normativa interna e la disciplina comunitaria

Sul versante comunitario, di contro, non si può certo negare che la Corte di Giustizia abbia ravvisato un contrasto della disciplina transitoria nazionale più volte prorogata con singole norme e, addirittura, i principi stessi del Trattato .

La Corte di Giustizia, nella sentenza del 30 gennaio 2008, nel dichiarare l'illegittimità della normativa nazionale la cui applicazione conduca a che un operatore titolare di una concessione si trovi nell'impossibilità di trasmettere in mancanza di frequenze di trasmissione assegnate sulla base di criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati, menziona quale parametro interpretativo comunitario di riferimento, oltre all'art. 49 del Trattato istitutivo della CE , le direttive nn. 2002/21,2002,/20 e 2002/77 (tutte, peraltro, già oggetto di considerazione da parte della Corte Costituzionale nella sentenza 466/2002) .

Il quadro normativo comunitario posto dalla Corte UE a base della propria decisione si è dunque perfezionato solo al momento della vigenza contestuale di tutte le fonti menzionate. Tali fonti, ciascuna per la sua parte, concorrono infatti a definire gli obblighi dello Stato membro nella specifica materia della disciplina del settore radiotelevisivo.

E' *ictu oculi* evidente, allora, che la normativa comunitaria di cui si tratta, **non essendo retroattiva**, possa dare potenziale copertura solo, a tutto concedere, a pretese successive non già solo alla sua entrata in vigore, bensì alla definitiva scadenza del termine riconosciuto a ciascun Paese membro dell'Unione per recepire a livello nazionale i correlativi impegni assunti a livello comunitario.

Per il periodo anteriore, invece, non vi è spazio nemmeno per la più ardita delle illazioni avversarie.

L'art. 49 CE, pure menzionato dalla Corte di Giustizia nel suo pronunciamento del 30 gennaio 2008, non potrebbe infatti supportare la decisione della Corte esso solo, ma solo se letto in combinato disposto con le direttive menzionate. La norma del Trattato prevede infatti testualmente : "Nel quadro delle disposizioni seguenti, le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno della Comunità sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in un paese della Comunità che non sia quello del destinatario della prestazione. Il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata su proposta della Commissione, può estendere il beneficio delle disposizioni del presente capo ai prestatori di servizi, cittadini di un paese terzo e stabiliti all'interno della Comunità"

Ché qualora poi si ritenesse, dilatando all'inverosimile la portata dell'art. 49 del Trattato, che tale norma sarebbe già *ex se* capace di sostenere la decisione del Giudice comunitario, da ciò ne deriverebbero effetti "travolgenti " per l'intera procedura del 1999.

La Corte di Giustizia ha infatti chiamato in causa parametri normativi che porrebbero potenzialmente in discussione non già solamente la posizione delle vecchie delle reti c.d. eccedenti, ma, a rigore, l'intera disciplina della procedura concorsuale a suo tempo svolta, che, accompagnandosi con la previsione della prosecuzione del possesso di fatto delle frequenze da parte delle emittenti, non consentiva a talune di esse che ne erano sprovviste, benché formalmente destinatarie di un atto di concessione, di conseguire l'attribuzione di nuove frequenze di trasmissione.

I rilievi sono del tutto infondati.

Occorre a tal proposito sottolineare che le direttive non riguardano i contenuti (regolati dalla direttiva TV senza frontiere) ma esclusivamente le reti ed i servizi di comunicazione elettronica.

Peraltro, il principio stabilito nella direttiva autorizzazioni sulla concessione di diritti d'uso delle frequenze in base a criteri pubblici, trasparenti e non discriminatori è pienamente rispettato dalla legge n. 112 che lo riproduce esattamente all'articolo 12, c. 4, in materia di utilizzazione dello spettro elettromagnetico.

Inoltre non può essere trascurata la singolarità dell'interpretazione della direttiva fornita dall'appellante, secondo cui la sua attuazione in senso letterale avrebbe imposto la riappropriazione da parte dello Stato di tutte le frequenze utilizzate dalle emittenti (evidentemente con una sorta di black-out della televisione) e la successiva riassegnazione mediante procedure conformi ai principi richiamati.

In disparte la considerazione che ciò avrebbe condotto ad un inammissibile oscuramento di tutta la comunicazione radiotelevisiva (con effetti gravissimi proprio sull'esercizio del diritto stabilito dall'art. 21 della Costituzione), vi è da dire che la reale portata della direttiva autorizzazioni è ben diversa.

Ed invero, l'art. 5 p. 2 della direttiva consente agli Stati membri di stabilire criteri e procedure specifici per concedere i diritti d'uso delle radiofrequenze per il conseguimento di obiettivi d'interesse generale, quale evidentemente è quello di favorire il progressivo passaggio dal sistema analogico a quello digitale.

Non corrisponde inoltre a realtà che il legislatore non abbia distinto tra forniture di rete ed assegnazione delle frequenze, essendo tale distinzione chiaramente operata all'art. 5, comma 1, lett. b) della legge n. 112 ("l'autorizzazione non comporta l'assegnazione delle radiofrequenze, che è effettuata con distinto provvedimento in applicazione della deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni del 15 novembre 2001, n. 435/01/CONS"). Anche i rilievi sotto il profilo del mancato rispetto della normativa comunitaria sono, pertanto, del tutto infondati.

L'applicazione dei principi dettati dalla Corte di Giustizia nella pronuncia emessa il 30 gennaio 2008 potrebbe al massimo imporre, allora, a stretto rigore, la rinnovazione dell'intera procedura concorsuale, onde rispetto alla totalità delle frequenze che dovrebbero a quel punto rendersi disponibili qualunque aspirante avrebbe gli stessi diritti.

Il ricorrente , invero, non era -né può dirsi oggi essere- l'unico soggetto che aspiri all'attribuzione di frequenze, né l'unico soggetto munito di un qualche titolo giuridico idoneo a differenziare la propria posizione da quella dell'aspirante non qualificato (basti

pensare alle emittenti non concessionarie, ma munite di un provvedimento di sospensiva da parte del Giudice amministrativo).

L'Autorità, per agire nella più completa e sicura osservanza dei principi comunitari richiamati oggi dalla Corte, avrebbe dovuto fissare, in teoria, un piano di assegnazione delle frequenze onnicomprensivo senza, però, poter individuare nel paniere generale, a quanto pare, alcuna risorsa "riservata" (e cioè né alle emittenti locali, né alla concessionaria del servizio pubblico, né alle emittenti a carattere "comunitario").

Al contrario, però, si rammenta che le norme interne imponevano la costituzione di riserve. L'art. 3 della legge n. 249 del 1997 prevedeva infatti testualmente: al 5 comma: "*Il piano nazionale di assegnazione delle frequenze riserva almeno un terzo dei programmi irradiabili all'emittenza televisiva locale e, di norma, il 70 per cento dei programmi irradiabili all'emittenza radiofonica in ambito locale. Nel piano nazionale di assegnazione delle frequenze è prevista una riserva di frequenze:*

a) per le emittenti radiotelevisive locali e radiofoniche nazionali che diffondono produzioni culturali….

b) per l'introduzione del servizio di radiodiffusione sonora e televisiva digitale così come previsto dall'articolo 2, comma 6, lettera d)."

Una ulteriore riserva era poi prevista all'art. 2 della legge 249 del 1997, laddove si diceva che nel piano nazionale di assegnazione delle frequenze l'Autorita' avrebbe fissato il numero delle reti e dei programmi irradiabili in ambito nazionale e locale, tenendo conto dell'evoluzione tecnologica e delle frequenze pianificate e riservando altresì in favore dell'emittenza televisiva in ambito locale di un terzo dei canali irradiabili per ogni bacino di utenza.

Inoltre, è un dato di fatto quello che il peso attribuito alle varie "voci" nel disciplinare per il rilascio delle concessioni nazionali non era ispirato a criteri del tutto privi di elementi "discriminatori" tra i richiedenti.

Nella valutazione delle domande di rilascio della concessioni nazionali un rilievo non indifferente aveva, infatti, la voce "Esperienze maturate nel settore radiotelevisivo", per la quale potevano essere assegnati 140 dei 1000 punti in totale disponibili, a vantaggio quindi delle emittenti già attive.

In questa prospettiva, conclusivamente, la ricorrente non potrebbe certo pensare di salvare solo il proprio titolo, emesso all'esito di una procedura che a quel punto dovrebbe essere giudicata, anch'essa, tutta integralmente confliggente con l'invocato canone dell'art. 49 del Trattato.

Invero, una ipotetica operazione interpretativa del genere ipotizzato implicherebbe, sempre in teoria, il sacrificio di emittenti che negli anni hanno investito nell'attività di trasmissione televisiva somme ingentissime, consolidando un avviamento di indubbio valore economico, e procedendo in molti casi all'adeguamento degli impianti alla nuova tecnica digitale.

E' allora decisamente arduo immaginare che, in un simile contesto, possano conservare il loro titolo, per converso, solo emittenti – quali la ricorrente - che hanno investito, di contro, poco o nulla nell'attività di trasmissione televisiva, non si sono avvalse della facoltà, pure loro riconosciuta dalla legge , di acquistare frequenze da altre emittenti (c.d. trading delle frequenze), non hanno realizzato impianti né adeguato gli

stessi in vista dell'imminente passaggio alla tecnica di trasmissione in digitale, e il cui titolo peraltro non è mai divenuto efficace.

In conclusione, si deve riconoscere che l'interesse leso di Centro Europa 7 secondo l'incompatibilità ravvisata dalla stessa Corte comunitaria potrebbe essere, a tutto concedere, quello all'osservanza, nei procedimenti allocativi, dei criteri di trasparenza, non discriminazione e proporzionalità, ***non* certo quello all'ottenimento delle frequenze**, a maggior ragione, come si è visto, se previo smantellamento delle "reti eccedenti", cui risulta funzionale l'iniziativa giudiziale di Centro Europa 7 avverso il (precedente) titolo abilitativo di RETEQUATTRO.

A conferma, si noti che la Corte *non* ha seguito l'approccio dell'Avv. gen. (nn. 37 e segg. delle conclusioni depositate il 12 settembre 2007), secondo cui il diritto comunitario obbligherebbe lo Stato membro a dare "piena attuazione" all'esito finale di un procedimento di assegnazione delle concessioni per l'esercizio di attività radiotelevisiva, salvo affidare al Giudice nazionale il compito di valutare le ragioni addotte dallo Stato per ritardare il proprio adempimento, escludendo così per implicito che dal rapporto concessorio, e dal diritto comunitario, derivi un diritto soggettivo od un interesse tutelato di Centro Europa 7 ad ottenere le frequenze (in ipotesi) oggetto di concessione.

Viceversa, la Corte ha chiarito, nello statuire il principio di diritto (ma v. anche i nn. 116, 120 e 124) che il titolare di concessione radiotelevisiva può vantare esclusivamente (*rectius*: poteva vantare, in pendenza di concessione) un interesse al rispetto, nei procedimenti allocativi di frequenze, di criteri "*obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati*".

L'osservanza di tali criteri, tuttavia, presuppone l'attuazione della pianificazione, attualmente in corso per quanto riguarda la tecnologia digitale terrestre, secondo quanto sopra accennato, con il più efficiente sfruttamento dello spettro radio che ne consegue.

Dunque, l'interesse di Centro Europa 7 protetto dal diritto comunitario ha oggetto la sola osservanza, nei futuri procedimenti allocativi di diritti d'uso di frequenze per uso radiotelevisivo cui la stessa avrà eventualmente titolo per partecipare, dei criteri di efficienza, trasparenza e non discriminazione posti dalle disposizioni nazionali di attuazione del NQNC, su cui meglio si dirà *infra*, alle quali si è conformata appieno l'attività amministrativa di attuazione del Piano digitale sopra ricordato.

In particolare, sulla tematica della disapplicazione

Non può mancarsi di rilevare, infine, che uno dei presupposti per l'operatività della disapplicazione della normativa nazionale per contrasto con la normativa comunitaria è che la seconda abbia un contenuto preciso, determinato ed incondizionato, sì da farne ipotizzare una diretta efficacia .

Nel caso di specie sarebbe, però, estremamente difficile ipotizzare una applicazione diretta della normativa comunitaria, perché difetterebbe la necessaria normativa di dettaglio per l'operatività di una qualsivoglia procedura di gara.

Sotto altro profilo, si è avuto già occasione di chiarire, inoltre, che tutta la disciplina normativa successiva alla legge 249/97 segna la necessità del passaggio dalla tecnica analogica a quella digitale, e si giustifica in virtù di questa necessaria fase di transizione .

Il quinto comma dell'art.2 bis del decreto legge 23.2.2001 n.5, convertito con modificazioni nella legge 20 marzo 2001 n.66, prevedeva che le trasmissioni e i servizi multimediali su frequenze terrestri dovessero essere irradiate esclusivamente in tecnica digitale entro l'anno 2006. Il termine è stato poi procrastinato al 2008 e infine al 2012 per effetto prima del decreto legge 30.12.2005 n. 273, convertito in legge n. 51 del 23 febbraio 2006, e poi dall'art. 16, comma 4 del decreto legge 1.10.2007 n. 159, convertito dalla legge 26.11.2007 n. 122 .

Orbene, una ipotetica disapplicazione di simili direttive legislative si porrebbe inammissibilmente in controtendenza rispetto alle scelte politiche del legislatore nazionale, e le renderebbe di fatto inattuabili.

Per giurisprudenza comunitaria pacifica, le disposizioni di una direttiva non attuata, o non correttamente attuata, possono essere applicate in via diretta nei rapporti fra Stato e privati (c.d. "efficacia diretta verticale") soltanto qualora esse siano, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise, vale a dire se sia possibile sulla sola base della norma comunitaria identificare il soggetto attivo e quello passivo del diritto attribuito ai singoli, nonché il preciso contenuto di tale diritto.

Dunque, il dovere di disapplicazione opera nei limiti in cui vi sia una disposizione comunitaria dal tenore sufficientemente preciso ed incondizionato, che attribuisce diritti nei confronti dello Stato a determinati soggetti, la cui realizzazione sarebbe preclusa dall'applicazione di una norma interna.

La sentenza resa nel caso CE7 non ha alcuna diretta conseguenza in relazione al dovere di disapplicazione della P.A.; come già accennato, non trattandosi di decisione resa all'esito di procedura d'infrazione, **bensì di sentenza interpretativa** essa non genera alcun dovere di esecuzione in capo allo Stato membro, potendo al limite rilevare come precedente persuasivo.

Il dovere di disapplicazione è limitato a quanto necessario per garantire l'effettività di diritti soggettivi attribuiti a singoli soggetti da norme comunitarie sufficientemente precise ed incondizionate; **alla P.A. non è in alcun caso consentito, sostituendosi al legislatore, di definire essa stessa i contenuti del preteso diritto non desumibili dalle norme comunitarie**, o comunque svolgere attività supplenziale rispetto ad eventuali lacune od incongruità del diritto interno che non si riflettano sulla concreta attuazione del diritto di origine comunitaria del singolo.

CE7 non è titolare di diritti di origine comunitaria all'assegnazione di frequenze.

Come sopra accennato, la sentenza della Corte di Giustizia nel caso CE7 non afferma che questa sia titolare di un diritto di origine comunitaria all'assegnazione di frequenze, bensì che lo Stato, prevedendo la presenza sul mercato quale unico criterio di accesso alle frequenze, è venuto meno al rispetto del principio di libera prestazione dei servizi, nonché alle regole di trasparenza e non discriminazione nei procedimenti allocativi

dell'accesso alle frequenze previsti dal "pacchetto telecom", ove applicabile *ratione temporis*.

D'altro canto, nè il principio di libera prestazione dei servizi, in materia televisiva, né le "direttive telecom" hanno un contenuto sufficientemente preciso, determinato ed incondizionato da farne ipotizzare una diretta efficacia, con correlativo dovere di disapplicazione delle norme interne che impediscano la piena attuazione di diritti attribuiti ai singoli direttamente dalle norme comunitarie.

All'esatto contrario, l'art. 5, comma 2, direttiva 2002/20/CE (direttiva autorizzazioni) stabilisce quanto segue: "Fatti salvi criteri e procedure specifiche adottate dagli Stati membri per concedere i diritti d'uso delle frequenze radio ai fornitori di servizi di contenuto radiofonico o televisivo, per il conseguimento di obiettivi di interesse generale conformemente alla normativa comunitaria, tali diritti d'uso sono concessi mediante procedure pubbliche, trasparenti e non discriminatorie".

Dunque, da un lato la norma comunitaria fa espressamente salva la possibilità per gli Stati membri di prevedere procedimenti specifici per l'allocazione delle frequenze ad uso radio-televisivo, e d'altro lato, in ogni caso, il legislatore comunitario lascia interamente allo Stato membro il compito di stabilire la natura e le modalità di svolgimento delle procedure d'assegnazione, purché nel rispetto dei principi di equità, trasparenza e non discriminazione.

Il diritto interno prevede già che l'assegnazione di frequenze avvenga nell'osservanza dei principi comunitari

La previsione comunitaria citata è stata attuata in Italia con l'art. 27, comma 5, d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259 (Codice delle comunicazioni elettroniche), a tenore del quale: "Fatti salvi criteri e procedure specifici previsti dalla normativa vigente in materia di concessione di diritti di uso delle frequenze radio ai fornitori di servizi di contenuto radiofonico o televisivo, i diritti di uso sono concessi mediante procedure pubbliche, trasparenti e non discriminatorie. Nel caso delle frequenze radio il Ministero, nel concedere i diritti, precisa se essi siano trasferibili su iniziativa del detentore degli stessi e a quali condizioni, conformemente all'articolo 14" (v. anche l'art.15, d.lgs. 31 luglio 2005, n.177- Testo unico della radiotelevisione).

Dunque, se da un lato non esiste alcun diritto soggettivo comunitario, di CE7 o di altri, all'assegnazione diretta di frequenze, d'altro lato non vi è neppure alcun ostacolo normativo, previsto dal diritto interno, a che i procedimenti futuri di assegnazione di frequenze si svolgano in osservanza dei principi posti dal diritto comunitario, e ribaditi dalla Corte di Giustizia nella sua decisione del caso CE7.

CE7 non ha più alcun titolo per l'assegnazione di frequenze

La concessione per l'attività di trasmissione televisiva nazionale in tecnica analogica rilasciata a CE7 è scaduta nel 2005: ad oggi è pendente presso il Ministero delle Comunicazioni un'istanza di proroga ai sensi dell'art. 23, d.lgs. 31luglio 2005, n. 177 e dell'art. 25, comma 8, 1. 3 maggio 2004, n. 112, che tuttavia il Ministero delle Comunicazioni non potrà accogliere, poiché CE7 non ha proceduto all'allestimento di

una rete digitale, previsto dalle stesse norme appena citate.

Posto che CE7 non si è munita neppure di licenza di operatore di rete, ai sensi della delibera dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni n. 435/01/CONS, ad oggi la stessa CE7 non ha più alcun titolo che le permetta di essere assegnataria di frequenze.

La sentenza comunitaria non contiene alcuna statuizione circa il fatto che la proroga delle concessioni analogiche fosse subordinata, dalle norme ricordate, alla digitalizzazione delle reti: tale condizione è peraltro funzionale al più ampio processo rappresentato dalla digitalizzazione dell'intero sistema televisivo, che non presenta alcun profilo di contrasto con il diritto comunitario.

C - IL DANNO : ELEMENTI

a - L'elemento soggettivo del preteso illecito

La condanna al risarcimento del danno, come è ampiamente noto, non è conseguenza automatica della illegittimità dell'atto autoritativo (nel caso di specie, peraltro, insussistente), ma presuppone l'ulteriore accertamento del requisito soggettivo della "colpevolezza", *sub specie* di dolo o colpa dell'Amministrazione.

Deve, infatti, ritenersi oramai del tutto superata l'impostazione giurisprudenziale tradizionale (cfr. ex multis Cass. Civ., Sez. III, 9 giugno 1995, n. 6542), che – introducendo un improprio principio di presunzione assoluta di colpa in capo ai Pubblici poteri – impostava la problematica in argomento ritenendo la colpa dell'Amministrazione insita nell'esecuzione di un provvedimento amministrativo illegittimo.

Tale opzione ermeneutica risulta unanimemente abbandonata – a decorrere dalla pronuncia delle Sezioni Unite n. 500 del 22 luglio 1999 - dalla più recente giurisprudenza amministrativa.

La presunzione assoluta di colpa della Pubblica Amministrazione che ponga in essere atti illegittimi si poneva, infatti, in termini di assoluta incompatibilità con i principi generali della natura personale della responsabilità civile e del carattere eccezionale di quella oggettiva.

Può, dunque, ritenersi oggi acclarato che la responsabilità patrimoniale della Pubblica Amministrazione, in quanto inserita nel sistema delineato dagli articoli 2043 e seguenti del codice civile, esiga indefettibilmente, una chiara e diretta partecipazione soggettiva all'illecito dell'Amministrazione procedente.

Appare, altresì, utile, ai fini di un corretto approccio alla tematica in questione, enucleare gli indici identificativi della colpa della P.A., individuati fin dalla richiamata pronuncia della Cassazione Sez. Un. n 500/1999 nell'ascrizione all'Amministrazione intesa come apparato, e non al funzionario agente, della "violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali l'esercizio della funzione amministrativa deve ispirarsi e che...si pongono come limiti esterni alla discrezionalità".

Nella suddetta prospettiva, l'imputazione soggettiva di un illecito va considerata in termini di raffronto tra il comportamento effettivamente tenuto e quello, invece, richiesto dall'ordinamento. L'eventuale asimmetria tra la condotta tenuta e quella

conforme all'ordinamento deve riflettere una significativa disfunzione dell'azione amministrativa, determinata dalla disorganizzazione nella gestione del personale, dei mezzi e delle risorse degli uffici cui è imputabile l'adozione o l'esecuzione dell'atto illegittimo (cd. colpa d'apparato).

È stato, dunque, evidenziato, anche con riferimento alla giurisprudenza comunitaria (Corte giustizia C.E. 5 marzo 1996, cause riunite nn. 46 e 48 del 1993; 23 maggio 1996, causa C5 del 1994), che in sede di accertamento della responsabilità della Pubblica amministrazione per danno a privati il giudice (amministrativo) può affermare la responsabilità quando la violazione risulti grave e sia stata commessa in un contesto di circostanze di fatto e in un quadro di riferimenti normativi e giuridici tali da palesare la negligenza e l'imperizia dell'organo nell'assunzione del provvedimento viziato. Deve invece negarsi qualsivoglia responsabilità dell'Amministrazione quando l'indagine operata dal Giudice conduce al riconoscimento dell'errore scusabile (per la sussistenza di contrasti giudiziari, per l'incertezza del quadro normativo di riferimento o per la complessità della situazione di fatto) (C.d.S., sez. IV, 10 agosto 2004, n. 5500).

Acquisiti così i paradigmi giurisprudenziali di riferimento, dinanzi alla pretesa avversaria deve essere eccepita la chiara elusione, da parte della ricorrente, degli oneri dimostrativi che sulla stessa incombevano in applicazione dell'ordinario criterio di riparto dell'onere della prova ex art. 2697 c.c.

b- <u>Onere probatorio del preteso danneggiato</u>

Invero, non può che gravare sul danneggiato– attore l'onere di provare tutti gli elementi costitutivi della domanda azionata in giudizio di risarcimento del danno per fatto illecito.

L'obbligazione risarcitoria postula, pertanto, lo svolgimento di appropriate allegazioni, attraverso le quali si provi, da parte del danneggiato, l'esistenza e l'entità del pregiudizio sofferto, il nesso di causalità e, soprattutto, la colpa dell'amministrazione intimata (cfr. ex multis Consiglio Stato sez. V, 23 ottobre 2007, n. 5571; Cons. Stato, Sez. IV, n. 5012/04; n. 5500/04).

Viceversa, la società ricorrente, non solo non ha fornito a tale riguardo alcun contributo dimostrativo, ma non ha neppure corredato l'azionata pretesa risarcitoria di conferenti e specifiche allegazioni assertive, idonee ad accreditare un giudizio di grave e palese antidoverosità dell'azione posta in essere dalla Amministrazione procedente, sì da poter evocare, a suo danno, dei significativi profili di colpevolezza.

Questa Difesa è ben consapevole della diffusione, presso la più recente giurisprudenza amministrativa, di orientamenti che vorrebbero mitigare il regime dell'onere probatorio che d'ordinario grava sul privato danneggiato da attività illegittima della P.A..

Così, una parte della giurisprudenza del CdS ritiene di poter far ricorso, per la verifica dell'elemento soggettivo, alle presunzioni semplici di cui agli artt. 2727 e 2729 c.c..

In tale ottica, il privato, ancorché onerato della dimostrazione della colpa dell'amministrazione, viene ad essere agevolato dalla possibilità di offrire al giudice elementi indiziari quali la gravità della violazione, il carattere vincolato dell'azione

amministrativa giudicata, l'univocità della normativa di riferimento ed il proprio apporto partecipativo al procedimento.

Una volta, poi, acquisiti significativi indici rivelatori della colpa, spetterebbe all'Amministrazione l'allegazione degli elementi di segno contrario (pure indiziari) ascrivibili allo schema dell'errore scusabile, e, in ultima analisi, al Giudice - così come, in sostanza, voluto dalla Cassazione con la sentenza n. 500/99 - apprezzarne e valutarne liberamente l'idoneità ad attestare o ad escludere la colpevolezza dell'amministrazione (cfr. ex multis Consiglio Stato sez. IV, 16 luglio 2007 n. 4010; sez. VI, 03 aprile 2007 n. 1514; sez. IV, 15 febbraio 2005 n. 478).

Orbene, anche nella suddetta prospettiva la parte ricorrente resta pur sempre tenuta ad offrire al giudice elementi di oggettivo rilievo sintomatico idonei a fondare – sia pur con l'ausilio di operazioni logiche di tipo induttivo – un giudizio di rimprovero che tenga conto delle condizioni concrete in cui l'Amministrazioni ha operato (cfr. Cons. Stato, V Sez., n. 995/07; sez. IV, 01 ottobre 2007, n. 5052; IV Sez. n. 43 e 5204 del 2005).

Di contro, la domanda azionata dalla società ricorrente, per il fatto di obliterare completamente il tema oggetto di indagine, non vale a soddisfare nemmeno gli standard minimali fissati dal sopra richiamato orientamento giurisprudenziale, che pure sarebbe quello ad essa più favorevole.

Non può, dunque, che accordarsi rilievo dirimente all'eccepita inettitudine strutturale della domanda attorea a fondare l'istanza risarcitoria. A siffatta inettitudine si riconnette, infatti, in palese violazione del principio del contraddittorio, una preclusione, per le Amministrazioni convenute, del diritto di esercitare le più elementari prerogative di difesa, menomate dall'impossibilità di imbastire una trama argomentativa calibrata su specifiche contestazioni (nella specie del tutto assenti).

Anche a volere poi tenere per un attimo in disparte la pur conclamata assenza di qualsivoglia pertinente deduzione rispetto all'elemento costitutivo della colpevolezza, mette conto evidenziare che nessuna delle suindicate circostanze di rilievo indiziario è rinvenibile nella procedura in esame. Anzitutto, non è predicabile il carattere vincolato dell'azione amministrativa, come dimostrato dalla sicura natura discrezionale propria dell'attività amministrativa di pianificazione delle frequenze (cfr. Corte Cost n. 1030/1988, 102/1990, 112/1993; negli stessi termini, v. anche la sentenza n. 9315/2004 del Tar Lazio); né è possibile invocare il diverso parametro della chiarezza della normativa di riferimento, che evidentemente deponeva, semmai, alla uce di una ricognizione doverosamente completa delle norme vigenti, in senso opposto alla spettanza della pretesa della ricorrente; né, infine, assume rilievo l'apporto partecipativo (non meglio individuato) della parte al procedimento.

In disparte le carenze di cui sopra (pur di per se stessi assorbenti), la colpa dell'Amministrazione va comunque esclusa.

<u>c - Imputabilita' del danno alla p.a.</u>

Giusta quanto già sopra anticipato, la giurisprudenza si è preoccupata di evidenziare, altresì, i caratteri che devono possedere gli elementi addotti a propria discolpa dalla pubblica amministrazione, a fronte della produzione di indizi a suo carico (produzione

nel caso di specie non avvenuta), perché la situazione allegata integri gli estremi dell'errore scusabile e consenta, perciò, di escludere la colpa dell'apparato amministrativo.

Traendo spunto dalle indicazioni rinvenienti dalla giurisprudenza comunitaria, si è accordato rilievo dirimente alla gravità della violazione, individuando quali parametri espressivi di quel carattere il grado di chiarezza e precisione della norma violata e la presenza di una giurisprudenza consolidata sulla questione esaminata e definita dall'amministrazione, nonché la novità di quest'ultima.

Sotto tale profilo, è stato utilizzato il criterio della comprensibilità della portata precettiva della disposizione inosservata e della univocità e chiarezza della sua interpretazione, ritenendo di poter ammettere l'esenzione da colpa solo in presenza di un quadro normativo confuso e privo di chiarezza (cfr. Cons. St., Sez. IV, dec. n. 5012 del 2004 cit.).

Inoltre, nel giudizio di ascrizione del danno alla P.A. si è ritenuto di poter mutuare il criterio di cui all'art. 2236 c.c. (responsabilità del professionista), e, dunque, di tener conto del grado di complessità delle questioni implicate. A fronte, infatti, di una situazione connotata da apprezzabili profili di complessità, può, in particolare, ritenersi giustificata, in analogia con la disciplina della responsabilità del prestatore d'opera intellettuale, un'attenuazione di quella dell'Amministrazione per attività provvedimentale illegittima che la circoscriva alle sole ipotesi di colpa grave (cfr. Consiglio Stato sez. IV, 15 febbraio 2005 n. 478).

In definitiva, perciò, la mancanza di colpa della Pubblica Amministrazione potrebbe essere affermata, concretamente, in diverse ipotesi, quali, per esempio, l'errore scusabile dell'amministrazione, derivante da fattori particolari correlati, esemplificativamente, alla formulazione incerta delle norme applicate, alle oscillazioni interpretative della giurisprudenza, alla rilevante complessità del fatto, oppure ai comportamenti di altri soggetti (da ultimo si veda Consiglio di stato , sez. V, 19 marzo 2007, n. 1307).

Orbene, avuto riguardo al caso di specie, appare di evidenza intuitiva – così come già acclarato dal Giudice d'Appello nella sentenza di rimessione degli atti alla Corte di Giustizia (n. 3846/05) – che i danni rivendicati dalla società ricorrente restano ascrivibili a fattori di ordine prettamente normativo.

Appare allora di tutta evidenza che, all'interno di siffatta cornice di riferimento, alcun rimprovero è possibile muovere alle Amministrazioni, che, diversamente opinando, finirebbero con il doversi ritenere responsabile per il solo fatto … di aver prestato ossequio a disposizioni contraddistinte da una vincolante efficacia precettiva.

Sotto tale profilo appare significativo rilevare che, alla stregua degli stessi soprarichiamati orientamenti giurisprudenziali, il giudizio di colpevolezza si rapporta altresì al grado di comprensibilità della portata precettiva della singole disposizione e della univocità e chiarezza della sua interpretazione.

Di contro, nel caso di specie alcuno scollamento si è mai verificato tra la portata precettiva della disciplina di settore e le opzioni applicative seguite dall'Amministrazione, di talchè verrebbero a mancare i presupposti basilari per impiantare un giudizio di colpevolezza, la proponibilità del quale resta pur sempre ancorata al non aver

interpretato correttamente la legge, ovvero al non aver saputo correttamente inquadrare la fattispecie.

Né a diverse conclusioni si perviene qualora si ampli il paradigma normativo di riferimento, facendo cioè carico alla Amministrazione procedente di rapportare il proprio comportamento – piuttosto che alla normazione primaria - all'intero sistema ordina mentale, e di verificare finanche il rispetto dei vincoli posti dalle fonti normative di rango superiore.

In tale ottica, mette conto ribadire che – giusta quanto già reso esplicito dal Giudice dell'appello nella decisione sopra richiamata (n. 3846/05)- la Corte Costituzionale ha riconosciuto la compatibilità della normativa di settore con la Carta Costituzionale quanto meno fino all'anno 2003. Peraltro, un eventuale contrasto con i principi della Carta Costituzionale non poteva che essere apprezzato nelle forme tipiche del giudizio di costituzionalità, ovviamente non proponibile dall'Amministrazione procedente, che giammai avrebbe potuto sottrarsi all'obbligo di puntualmente applicare le prescrizioni precettive della normazione vigente.

Allo stesso modo, alcuna conseguenza può trarsi – quanto al profilo in esame - dal preteso contrasto della disciplina in argomento con la normativa di rango comunitario, così delineando un illecito da omessa disapplicazione della normativa interna in contrasto con quella sovranazionale.

Diversamente opinando, la res iudicanda verrebbe irritualmente mutata in una fattispecie di illecito radicalmente nuova rispetto a quella posta a fondamento della domanda attorea.

La sola condotta illecita ascritta nell'atto introduttivo del presente giudizio alla P.A. risiede, difatti, semplicemente nel fatto di non aver materialmente provveduto all'assegnazione delle frequenze, adempimento che, nel costrutto giuridico attoreo, si palesava immediatamente esigibile alla stregua della univoca disciplina di settore.

Viceversa in nessun caso emerge – neppure dalla lettura delle memorie di parte avversa - che le Amministrazioni convenute abbiano commesso violazioni di legge che precedentemente non sono mai state ritualmente denunciate da controparte.

Le Amministrazioni hanno operato nella piena conformità della normativa nazionale e comunitaria, regolarmente predisponendo – sempre nel rispetto dei termini fissati dalla legge – anche tutti gli atti regolamentari e di pianificazione di loro competenza (il Regolamento per il rilascio delle concessioni per la radiodiffusione televisiva privata, il Piano di assegnazione delle frequenze, l'atto di fissazione del termine per la cessazione delle trasmissioni su rete analogica da parte delle Reti eccedenti, la Relazione al Parlamento sullo stato della diffusione del sistema digitale ai sensi del decreto legge 352/2003). Quindi alcuna forma di responsabilità può essere configurata a carico delle resistenti tanto meno in relazione all'attività di pianificazione delle frequenze.

Di contro, la società ricorrente non ha mai dedotto (né nel ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, né in sede di gravame) che l'Amministrazione avrebbe potuto-dovuto disapplicare la normazione interna per contrasto con la normativa comunitaria.

La ricorrente ha parlato di disapplicazione, per la prima volta, solo per chiedere a codesto Ecc.mo Consiglio di operarla in occasione del suo pronunciamento, e giammai per fondare su tale basi una responsabilità diretta delle Amministrazioni.

L'illegittimità della normazione interna per contrasto con la normativa comunitaria, nell'assunto attoreo, non contribuisce, quindi, neppure a delineare l'ingiustizia del danno, che, per essere tale, come è noto, deve qualificarsi "contra jus" o quanto meno non iure (inferto cioè in assenza di una causa giustificativa).

Ad ogni buon conto, la predicabilità di forme di negligenza inescusabile in capo all'Amministrazione per le ragioni suddette va decisamente esclusa, non essendo finora giammai emerso un chiaro ed univoco contrasto della disciplina nazionale con quella comunitaria.

Prova ne è che di tale contrasto non ha avuto percezione il Giudice di primo cure.

Lo stesso Consiglio di Stato – adito in sede di appello –, piuttosto che operare direttamente la disapplicazione della disciplina nazionale, ha preferito rimettere la definizione di un'interpretazione conforme ai principi comunitari all'unico organo competente a farlo con carattere di autenticità: la Corte di Giustizia.

A fronte della descritta situazione normativa di riferimento, oggettivamente connotata da apprezzabili profili di complessità, la condotta delle Amministrazioni dovrebbe ritenersi quantomeno giustificabile negli estremi dell'esimente dell'errore scusabile.

d- Risarcimento del danno

1. Esclusione del risarcimento in forma specifica

Quanto alle forme di risarcimento astrattamente praticabili, deve premettersi che il Consiglio di Stato ha già sul punto evidenziato che può ritenersi procedibile la sola domanda risarcitoria "per equivalente".

Ed, invero, il Giudice d'Appello, nella menzionata sentenza n. 3846/05, idonea quale atto a contenuto decisorio a far stato tra le parti, afferma quanto segue: *..Il Collegio rilevato che la controversia pende in appello e che sono state evocate solo le Amministrazioni, e non i titolari delle reti eccedenti che, indubitabilmente, sarebbero incisi da una statuizione di condanna in forma specifica ritiene di doversi limitare a conoscere dell'unica domanda allo stato procedibile ossia la domanda di risarcimento per equivalente*".

Peraltro, la ricorrente, non avendo mai concretamente conseguito (per fatti non imputabili alle Amministrazioni intimate) l'integrazione del proprio titolo di legittimazione con l'indicazione e l'assegnazione della relativa dotazione frequenziale, è nell'impossibilità di esercire qualsivoglia impianto di trasmissione, sicchè, anche per ragioni di diritto sostanziale, non potrebbe comunque conseguire una tutela in forma specifica.

Né sarebbe possibile ovviare, oggi, alle carenze strutturali che hanno segnato la mancata attuazione del piano nazionale di assegnazione delle frequenze. La prospettiva argomentativa dalla ricorrente non tiene peraltro neppure conto né della legittima aspirazione di ditte concorrenti, né della evidenziata evoluzione del sistema, all'interno

del quale dovrebbe essere necessariamente calata – nel rispetto del principio di coerenza logica e giuridica dell'ordinamento – qualsivoglia misura attuativa.

Sul punto, è sufficiente rinviare alle considerazioni già svolte circa gli indefettibili adempimenti di natura preparatoria, ad oggi non più esigibili, che, in una dimensione necessariamente comparativa, dovrebbero sul piano meramente ipotetico condurre all'attribuzione di frequenze alla ricorrente (ristrutturazione di tutti i siti e di tutti gli impianti esistenti, individuazione delle frequenze disponibili e procedere alla assegnazione delle stesse secondo criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati); tutto ciò, per giunta, in totale controtendenza rispetto al passaggio al digitale terrestre imposto dalle leggi succedutesi nel tempo a partire dal 2001.

2. Il danno risarcibile

Tanto premesso, vale aggiungere che il danno lamentato, qualora lo si ritenesse astrattamente suscettivo di risarcimento (*quod non*), rimarrebbe comunque in ultima analisi escluso - alla stregua delle acquisizioni processuali - per effetto della mancata dimostrazione delle singole voci di pregiudizio dedotte nella domanda di parte avversa.

Posto, infatti, che la risarcibilità del danno richiede che lo stesso debba essere provato in concreto e adeguatamente nelle sue diverse componenti, va ribadito che, nella specie, tali elementi di prova non sono stati addotti e documentati, restando la richiesta affidata ad astratte enunciazioni del tutto disancorate da una concreta verifica della loro concreta predicabilità.

In subordine, il danno avversario dovrebbe essere comunque grandemente ridimensionato, da un punto di vista temporale ancor prima che quantitativo.

a. i suoi profili temporali

a1. estinzione della concessione al luglio del 2005

Anzitutto, mette conto evidenziare che il danno potenzialmente risarcibile non può che riguardare il solo periodo di durata della concessione emessa, non avendo la ricorrente mai dimostrato, né anche solo allegato, il conseguimento del prolungamento dell'efficacia del suddetto titolo, che gli sarebbe stato comunque precluso, a quanto consta, per la carenza del requisito prescritto dall'art. 25 comma 11 della legge 112/2004 nella parte in cui prescrive, ai suddetti fini, una copertura minima in tecnica digitale di almeno il 50 per cento della popolazione nazionale.

Si segnala, a questo riguardo, che la società ha prodotto istanza di prolungamento ai sensi della norma appena citata in data 25 luglio 2005, e che il Ministero il 20 ottobre 2005 ha chiesto elementi informativi circa le modalità di trasmissione in tecnica digitale (tale precisazione assume rilievo in quanto, se la Società avesse voluto il prolungamento della concessione, sarebbe stato per lei sufficiente effettuare trasmissioni digitali come fornitore di contenuti su multiplex altrui). Ebbene, a tale nota non è stato fornito più alcun riscontro dalla Società.

a2. - previsione di un termine posticipatorio degli effetti in concessione

Né sarebbe possibile ritenere, naturalmente, che il termine finale (6 anni dal rilascio della concessione) subisse sospensioni di sorta per effetto della previsione, nel corpo

dello stesso atto concessorio, di un programma di adeguamento alle cui prescrizioni ogni concessionario si sarebbe dovuto uniformare.

Sotto tale profilo va semmai considerato che il termine di 24 e 36 mesi all'uopo previsto dal comma 2 dell'art. 1 del provvedimento di concessione era posto innanzitutto nell'interesse dell'Amministrazione. Dal che discende, quale diretto corollario, che un'eventuale inerzia amministrativa nell'assegnazione delle frequenze potrebbe essere riscontrata solo a decorrere dalla scadenza del suddetto termine, previsto giustappunto per il varo del detto programma di adeguamento.

Anche nella diversa prospettiva ermeneutica, però, di un termine da reputare posto nell'interesse dello stesso concessionario, occorrerebbe tenere comunque conto, ai fini del computo del periodo di possibile esercizio dell'attività di impresa, del differimento dell'avvio delle attività di trasmissione che si sarebbe inevitabilmente determinato in ragione della necessaria previa acquisizione del programma di adeguamento, la cui predisposizione non era invero soggetta a termini di scadenza. Inoltre, un ulteriore slittamento sarebbe poi maturato in ragione della necessità per il singolo concessionario di adattare gli impianti in uso alle prescrizioni del detto programma.

In altri termini, l'atto di concessione, pur prevedendo l'immediata decorrenza del termine di efficacia, subordinava la concreta operatività delle attività di trasmissione a taluni pregiudiziali adempimenti (a carico dell'Amministrazione e dello stesso concessionario), la cui cura inevitabilmente impegnava frazioni di tempo che andavano pur sempre sottratte dal termine complessivo di durata – pari a 6 anni – del rapporto concessorio, sì da comprimere il periodo di effettiva efficacia del provvedimento ampliativo.

In ragione di quanto precede, la pretesa risarcitoria, nella parte in cui prescinde da ogni valutazione della possibile ed effettiva durata della efficacia della concessione, si rivela manifestamente disancorata dal contenuto specifico del titolo di legittimazione ed è quindi, sul piano assertivo prima ancora che probatorio, palesemente inammissibile per genericità oltre che infondata.

a3.- Mancanza di un danno ingiusto:

a3.1. scadenza al 31.12.2003 del regime transitorio per le Reti eccedenti

Una volta definito l'arco temporale di riferimento cui dovrebbe essere circoscritta la pretesa azionata in giudizio (6 anni dal rilascio della concessione), deve essere, anzitutto, revocata in dubbio la stessa configurabilità, nel suddetto periodo, di un danno ingiusto.

Com'è noto, per potersi attribuire un addebito di responsabilità da fatto illecito è necessaria, tra l'altro, la concreta configurabilità di una condotta posta in essere in violazione di una norma giuridica e di un danno conseguente qualificabile come ingiusto, ossia perpetrato ledendo una situazione giuridica altrui, e non nell'esercizio di un proprio diritto.

Nella detta prospettiva, occorre, dunque, che il danno sia inferto in assenza di una causa giustificativa.

Orbene, alla stregua di tutto quanto finora osservato non può che essere revocata in dubbio la concreta predicabilità, nel caso in esame, del requisito del danno ingiusto. Ciò

in ragione della chiara emersione di plurimi fattori impeditivi che, ponendosi a presidio di interessi confliggenti con quello della società ricorrente, hanno imposto opzioni diverse da quella, auspicata da Centro Europa 7, di procedere all'assegnazione ad esse delle frequenze in tecnica analogica.

Sul punto, è sufficiente ribadire, quanto ai vincoli rinvenienti dalla disciplina transitoria nella parte in cui autorizzava l'esercizio "di fatto" delle frequenze da parte delle Reti non concessionarie, che la stessa Corte Costituzionale, nella sentenza 466/2002, ha confermato la costituzionalità del regime normativo vigente a quella data, limitandosi a puntualizzare l'obbligo di fissare normativamente al 31.12.2003 il termine del regime provvisorio per le Reti che eccedevano i limiti antitrust.

Posto, allora, che la costituzionalità della normativa vigente era stata finanche espressamente dichiarata dalla Corte, l'Amministrazione (con tutto il rispetto possibile per le costruzioni giuridiche avversarie) era inevitabilmente costretta a dare ad essa esatta applicazione (e, si ricorda, la Corte aveva vagliato pure la conformità della formazione nazionale alle direttive europee, menzionandole espressamente nella parte motiva della sua decisione).

Con riferimento al periodo successivo al 31.12.2003, sia permesso ribadire che: la disciplina normativa non è mai stata oggetto di valutazioni in termini di difformità ai principi costituzionali; il sistema è radicalmente mutato avuto riguardo al rispetto dei principi del pluralismo dell'informazione; l'avversaria non ha dedotto alcunché in merito ad una presunta colpa dell'Amministrazione e neppure alla ingiustizia del danno sofferto.

Le stesse direttive comunitarie poste a base della decisione della Corte di Giustizia del 31.1.2008 risalgono tutte a marzo ed a settembre 2002, e non coprono, pertanto, il periodo pregresso.

Peraltro, il pronunciamento della Corte prende abbrivio da una premessa inesatta, vale a dire quella dell'esistenza in capo alla società ricorrente di una concessione già perfetta impedita nella sua efficacia solo dalla legittimazione conferita (in via transitoria) ad altre imprese in assenza di criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati.

L'effetto vincolante rinveniente dai suddetti *dicta* si esaurisce poi nel riconoscimento di un interesse di carattere solo strumentale all'assegnazione di frequenze, da effettuare però necessariamente solo a seguito di una procedura concorrenziale retta da criteri contraddistinti da determinati predicati. Viceversa, tale arresto giurisprudenziale non vale a corroborare la posizione sostanziale rivendicata dalla ricorrente, il cui preciso spessore sul piano ordinamentale risulta condizionato dall'apprezzamento delle specifiche risultanze istruttorie, non direttamente conosciute dalla Corte di Giustizia.

D'altro canto, il Giudice comunitario non avrebbe potuto mai spingersi fino ad esaminare direttamente la posizione della ricorrente; proprio in ragione di ciò, alcuna traccia vi è nel relativo *decisum* degli ulteriori e significativi fattori che interferivano con le rivendicazioni attore volte ad ottenere – attraverso l'assegnazione delle frequenze – la piena efficacia del titolo concessorio.

Sul punto, vale allora ribadire che il Piano non fu mai attuato per effetto dei molteplici fattori dianzi precisati.

E.- IL DANNO RISARCIBILE: la sua qualificazione

In disparte quanto fin qui detto, occorre comunque esplorare le deduzioni attoree circa le voci di danno di cui si chiede il ristoro.

Come è noto, il pregiudizio risarcibile si compone, secondo la definizione di cui all'art. 1223 c.c., del danno emergente e del lucro cessante, ossia della diminuzione reale del patrimonio del privato, per effetto degli esborsi inutilmente sostenuti, nonché della perdita di una occasione di guadagno o comunque di una utilità economica connessa all'adozione o alla esecuzione del provvedimento illegittimo. Ai fini della prova, per il danno emergente è sufficiente che siano documentate le spese sostenute, mentre per il lucro cessante il privato deve dimostrare anche il mancato accrescimento della sua sfera patrimoniale, nella misura che avrebbe raggiunto se il provvedimento amministrativo riconosciuto illegittimo non fosse stato adottato od eseguito.

Tanto premesso, va subito evidenziato che non può essere condivisa l'impostazione di fondo attorea che prende abbrivio dalla postulato della sussistenza di un diritto -oramai acquisito- al rilascio dell'assegnazione delle frequenze, sì da accreditare il danno rivendicato come da lesione del c.d. interesse positivo, quale interesse all'esecuzione del rapporto concessotio che avrebbe sicuramente prodotto un'utile d'impresa.

Di contro, in ragione di tutto quanto finora evidenziato si può notare che il danno risarcibile non sarebbe qui in alcun caso parametrabile al mancato riconoscimento del bene della vita, per il che, com'è noto, occorrerebbe un giudizio prognostico favorevole che è invece del tutto precluso dai fattori ostativi (di natura normativa e fattuale) sopra richiamati.

Il nucleo della pretesa risarcitoria potrebbe perciò, al più, essere parametrato ad una perdita di chance, ma non già alla mancata attribuzione del bene verso il quale la ricorrente non aveva ancora altro che una situazione di legittima aspettativa ad una futura e solo teoricamente possibile attribuzione.

Al fine di ottenere il risarcimento per perdita di una chance, è comunque pur sempre necessario che il danneggiato dimostri, anche in via presuntiva, ma pur sempre sulla base di circostanze di fatto certe e puntualmente allegate, la sussistenza di un valido nesso causale tra il danno e la ragionevole probabilità della verificazione futura del vantaggio atteso, e provi, conseguentemente, la realizzazione in concreto almeno di alcuni dei presupposti per il raggiungimento del risultato sperato ed impedito dalla condotta illecita (della quale il danno risarcibile deve essere conseguenza immediata e diretta).

Di contro, la odierna ricorrente, piuttosto che contenere le proprie pretese entro confini ragionevoli e giuridicamente sostenibili, si è avventurata in una richiesta risarcitoria del tutto priva di fondamento, non solo ancorata a presupposti inesistenti (id est, il preteso diritto alla attribuzione delle frequenze), ma altresì riferita a voci di danno che non trovano alcun riscontro nelle risultanze processuali.

Danno emergente

Com'è noto, il danno risarcibile deve essere immediato e diretto, giammai ipotetico.

In ragione di ciò, del tutto prive di pregio si rivelano, anzitutto, le osservazioni censoree che estendono oltremodo la portata pregiudizievole dell'azione amministrativa, fino a ritenere del tutto compromessa la stessa sopravvivenza dell'azienda di parte.

1. Valore dell'azienda

Si palesa, invero, apodittica l'affermazione attorea secondo cui ..."*il risarcimento non può che avere ad oggetto il valore dell'intera azienda che – a questo punto – avrebbe definitivamente perso la possibilità di operare*".

A tal riguardo, occorre tener conto del fatto che qui si controverte solo di una concessione temporanea, per giunta con scadenza naturale già al luglio del 2005 (o a tutto voler concedere all'ottobre dello stesso anno), che peraltro, non essendosi mai perfezionata, non ha legittimato la costituzione e l'avvio di alcuna attività di impresa.

Per effetto del mancato rilascio delle frequenze non si è, dunque, certo compromessa l'attività di una azienda esistente, bensì, a tutto concedere, non se ne è di fatto autorizzato l'avvio. L'azienda avrebbe potuto essere costituita e la sua attività avviata solo a seguito del riconoscimento del bene giuridico che ne costituiva l'oggetto, dopo la conformazione degli impianti al programma di adeguamento che fosse stato dettato dall'Amministrazione.

E' poi vero che, alla luce di autorevole giurisprudenza (cfr. C. Stato, ad. plen., 09-02-2006, n. 2), "Il danno subìto da un'impresa, per effetto di un provvedimento illegittimo che ne ha pregiudicato l'attività, va valutato alla luce del tasso di redditività aziendale che, in mancanza di altri elementi, deve ritenersi pari al dieci per cento": ma siffatti criteri valgono per le aziende esistenti ed operanti, e non già per quelle che non hanno ancora iniziato ad operare. Per un "progetto di azienda" che non ha mai dato prova di poter produrre reddito il tasso di redditività è invece ben più ridotto, e comunque molto prossimo allo zero.

2.- Necessaria conformazione degli impianti al programma di adeguamento

Non appaiono, poi, giustificati i presunti costi posti a fondamento dell'azione risarcitoria, dal momento che gli impianti di esercizio avrebbero dovuto preventivamente conformarsi alle prescrizioni del programma di adeguamento, menzionato nell'atto concessorio quale indefettibile adempimento preliminare e giammai qui adottato.

Né è dato pertanto comprendere come la società ricorrente possa aver compiuto investimenti in assenza delle direttive dell'Autorità di settore. Non può, infatti, ritenersi predicabile la stretta afferenza di siffatti investimenti alla concessione in argomento.

E ciò rende di per sé incomprensibile (oltre che poco verosimile) l'affermato timore di una revoca della concessione, evenienza, questa, connessa esclusivamente al mancato adeguamento degli impianti alle prescrizioni, non già alla mancata predisposizione ed organizzazione degli uffici e della sede. Senza contare poi che l'eventuale revoca sarebbe intervenuta solo all'esito della scadenza del termine fissato dall'Amministrazione attraverso un apposito atto di diffida.

3. Oneri concessori , sede e library

Dalla richiesta di risarcimento vanno poi detratti gli oneri concessori, dalla ricorrente mai pagati perché connessi al rilascio delle frequenze.

Quanto all'acquistata library, la stessa, avendo un suo valore di mercato, ben potrà essere dalla parte rivenduta a terzi (o avrebbe già potuto essere rivenduta) così riducendo l'entità delle pretese avanzate.

Per quanto concerne, poi, la deduzione che Centro Europa 7 avrebbe sostenuto "*le spese necessarie all'approntamento dell'organizzazione logistica ed umana di una televisione nazionale con conseguenti spese: per affitti di locali per la sede e gli studi televisivi, [...], per i compensi per l'assistenza legale*", valgono, anzitutto, le considerazioni già sopra sulla palese intempestività di tali premature iniziative, in quanto del tutto disancorate dalla scansione cronologica fissata nell'atto concessorio.

Ad ogni buon conto, nella denegata ipotesi in cui il Collegio ritenesse dovuto un qualche risarcimento del danno per equivalente, comunque dal relativo ammontare dovrebbe essere scorporato ogni utile che l'impresa ha in tutti questi anni maturato dirottando le proprie risorse verso altre forme di investimento.

4. Spese legali

Le spese legali non possono, comunque, costituire fondamento di azione risarcitoria: esse saranno, se del caso, liquidate dal giudice secondo la disciplina normativa ad esse applicabile. Per consolidato orientamento giurisprudenziale, infatti, le spese relative alla gestione del contenzioso esorbitano dall'ambito del risarcimento del danno e rientrano in quello proprio di ciascun giudizio (Consiglio di Stato, sezione V; decisione, 02-09-2005, n. 4461).

<u>Lucro cessante</u>

1. la perizia della Unipol Banca

Anzitutto, già in ottica processuale si rivelano del tutto inappaganti gli elementi offerti da controparte a sostegno delle rassegnate conclusioni.

E invero, le sue deduzioni si fondano esclusivamente sui risultati di una perizia tecnica.

Orbene, per quanto rilevante sia la società che ha effettuato la perizia, non può dimenticarsi che "*Non può valere ad esonerare dalla prova del danno la parte sulla quale incombe il relativo onere il ricorso, anche su istanza del ricorrente, alla consulenza tecnica d'ufficio* (ndr e non è neppure questo il nostro caso perché trattasi di perizia di parte)*(ancorché ormai utilizzabile dal giudice amministrativo), posto che tale accertamento non si configura come un mezzo di prova in senso tecnico e può essere disposto solo al fine di acquisire apprezzamenti tecnici altrimenti non formulabili dal giudice, ma non può servire ad acquisire gli elementi che compongono il danno lamentato e, quindi, la sua dimostrazione*" (T.a.r. Calabria, sez. II, 12-12-2001, n. 2065. C. Stato, sez. IV, 20-12-2005, n. 7215; CdS n. 112/2006).

Senza contare che la quantificazione del lucro cessante è stata operata dal medesimo Istituto Finanziario che ha predisposto le lettere di patronage necessarie a partecipare alla gara per il rilascio della concessione, e quindi non propriamente da un soggetto"terzo".

Quanto ai suoi profili contenutistici, analogamente, la domanda attorea non sembra far leva su affidabili parametri di riferimento.

L'analisi all'uopo condotta si rivela, anzitutto, disancorata dalla necessità di definire il periodo temporale di riferimento sul quale vanno necessariamente proiettati gli utili rivendicati (ove potenzialmente conseguibili).

E ciò assume tanto più rilievo se si considera che, a fronte di un investimento (a maggior ragione se di notevole consistenza), la gestione di qualsivoglia attività

imprenditoriale inizia ad essere rimunerativa solo dopo che è decorso un certo lasso di tempo.

2. durata della concessione

Sotto tale profilo, appare utile ribadire che la concessione prevedeva una durata massima di 6 anni con estinzione puntualmente prefigurata dall'art. 5 comma 4 del titolo concessorio (*"La concessione si estingue o decade al ricorrere delle condizioni indicate dall'art. 11, commi 3 e 4, del regolamento per il rilascio delle concessioni per la radiodiffusione televisiva privata su frequenze terrestri"*).

Tale arco temporale esaurisce ogni pretesa astrattamente coltivabile in sede risarcitoria, atteso che, in vista della detta scadenza, la società ricorrente non risulta avere mai ottenuto la proroga del proprio titolo abilitativo, pertanto ineluttabilmente estintosi, come subito si dirà, in via automatica alla data di scadenza.

2a. l'estinzione della concessione

In ordine all'istituto dell'**estinzione**, l'art. 11, comma 3, recita infatti testualmente: *"le concessioni per la radiodiffusione televisiva in ambito nazionale e locale si estinguono:*

a) per scadenza del termine, qualora non vengano rinnovate;

b) per rinuncia del concessionario;

c) in caso di estinzione del concessionario;

d) per dichiarazione di fallimento o ammissione ad altra procedura concorsuale non seguita da autorizzazione alla continuazione in via provvisoria dell'esercizio dell'impresa;

e) per mancato pagamento del canone di concessione".

Ebbene, l'assenza di proroga della concessione in capo ad un'emittente radiotelevisiva fa ricadere la fattispecie in oggetto nell'ipotesi di cui alla lett. a) della disposizione in esame, che prevede proprio la scadenza del termine, nei casi in cui non venga presentata domanda di rinnovo della concessione, ovvero, la domanda sia presentata ma non venga accolta.

In proposito, lo stesso regolamento, all'art. 12, prevede che *"la domanda di rinnovo della concessione [...] deve essere presentata al Ministero delle Comunicazioni almeno tre mesi prima della scadenza del periodo di validità della concessione stessa [...]"*.

Pertanto, dal combinato disposto dell'art. 11, comma 3, e dell'art. 12 del regolamento si evince che, in mancanza di rinnovo, dietro la debita richiesta, entro il periodo di validità, l'estinzione della concessione opererà di diritto, dovendosi ritenere tassativa la relativa previsione di cui all'art. 11, comma 3.

In tal senso si è mossa anche la giurisprudenza prevalente, affermando che *"la scadenza della concessione di un pubblico servizio comporta un effetto risolutivo automatico, che prescinde dalla necessità di un provvedimento esplicito di decadenza"* (TAR Sicilia Catania, sez. I, 4 aprile 2002, n. 570; Cons. St., sez. V, 6 giugno 2002, n. 3171).

Allo spirare del termine della concessione è legato, cioè, un effetto automatico di caducazione della stessa, che – in quanto tale – non richiede l'adozione di alcun espresso provvedimento, di guisa che l'estinzione del titolo abilitativo in questione opera *ipso iure*.

2b. prolungamento del titolo ai sensi della legge 112/2004

Successivamente, al rilascio dell'atto concessorio l'art. 25, comma 11, della legge 112/2004 (in parte trasfuso nell'art. 23, comma 1, del T.U. 177/2005) ha previsto che *"il*

periodo di validità delle concessioni e delle autorizzazioni per le trasmissioni in tecnica analogica in ambito nazionale [...] ed in ambito locale è prolungato dal Ministero delle Comunicazioni, su domanda dei soggetti interessati, fino alla scadenza del termine previsto dalla legge per la conversione definitiva delle trasmissioni in tecnica digitale; tale domanda può essere presentata entro il 25 luglio 2005 ***dai soggetti che già trasmettono contemporaneamente in tecnica digitale*** *e, se emittenti nazionali, con una copertura in tecnica di almeno il 50 per cento della popolazione nazionale [...]".*

2c. carenza di prova dell'ottenuto prolungamento del titolo

Parte ricorrente, al fine di argomentare la propria pretesa ad un risarcimento danni che andasse oltre il termine di sei anni fissato per l'estinzione del titolo concessorio, avrebbe dovuto (quanto meno nel ricorso di appello) dedurre di avere ottenuto il prolungamento della durata del titolo ai sensi del menzionato articolo 25 della legge 112/2004. Tale istanza, però, benché presentata, non è mai stata accolta, né per quanto detto avrebbe potuto esserlo.

Da tutto ciò consegue che un eventuale risarcimento dei danni non potrebbe riferirsi che al periodo di durata della originaria concessione. L'estinzione del titolo abilitativo di cui si tratta ha invero operato *ipso iure* a partire dalla data del 25 luglio 2005, senza che vi fosse necessità di un provvedimento esplicito.

3. quotazione in borsa

Priva di pregio è poi l'argomentazione attorea che fa riferimento alla possibile quotazione in borsa di Europa 7 : la circostanza non è provata, e risulta al contrario irritualmente formulata in modo del tutto ipotetico. Inoltre, la mera quotazione in borsa non costituisce affatto in se stessa un valore risarcibile, poiché non è necessariamente foriera di utili per l'azienda che se ne avvale, ma implica solo un modo per procurarsi mezzi finanziari, attivando investimenti e risparmi sul mercato.

4. Utili conseguibili

Sotto tale profilo, va rimarcata la mancanza di una prova affidabile del danno subito dalla ricorrente.

Le possibilità di conseguire una remunerazione andavano adeguatamente argomentate in relazione al verosimile flusso di introiti generato dall'attività di trasmissione.

Di contro, la parte ricorrente non si è peritata nemmeno di fornire un indice sicuro di quantificazione, facendo direttamente ricorso al criterio di liquidazione equitativa che, viceversa, ha una valenza meramente sussidiaria.

E', invero, *ius receptum* in giurisprudenza il principio secondo cui l'attore, che abbia proposto una domanda di condanna al risarcimento dei danni da accertare e liquidare nel medesimo giudizio, ha l'onere di fornire la prova certa e concreta del danno, così da consentirne la liquidazione; può, invero, farsi ricorso alla liquidazione in via equitativa, allorché sussistano i presupposti di cui all'art. 1226 c.c., solo a condizione che l'esistenza del danno sia comunque dimostrata, sulla scorta di elementi idonei a fornire parametri plausibili di quantificazione (cfr. Cassazione civile sez. I, 15 febbraio 2008, n. 3794).

In altri termini, a tale criterio non può farsi ricorso quando i fatti causativi del danno sarebbero suscettibili di dimostrazione, non potendo il criterio essere utilizzato per supplire al mancato assolvimento dell'onere della prova posto a carico del danneggiato.

Ad ogni buon conto, nel procedere al computo degli utili effettivamente conseguibili dalla società ricorrente non può essere obliterato che il mercato di riferimento era allora pressoché saturo, sicchè ogni nuovo operatore avrebbe indubitabilmente scontato non poche difficoltà di inserimento.

Sotto tale profilo, deve ritenersi emblematica la vicenda che ha interessato l'emittente televisiva "Telecom Italia Media (La 7)", peraltro dotata rispetto alla società ricorrente di ben altra consistenza economica e potenzialità imprenditoriale, in ragione del gruppo di appartenenza.

Ebbene, una piana lettura dei dati relativi alla suddetta emittente rendono evidente come la stessa, ancora all'anno 2004, fosse attestata su una quota di mercato pari ad appena lo 0,9 % con un ammontare complessivo di ricavi fatturati (al lordo dunque dei costi di esercizio) pari a 95,1 milioni di euro nell'anno 2003 ed a 111,9 milioni di euro nell'anno 2004, cifre comunque largamente al di sotto delle somme (temerariamente) rivendicate dalla ricorrente.

5. Riduzione del danno da parte del creditore

In ogni caso, vale poi richiamare la regola generale in base alla quale il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare secondo l'ordinaria diligenza (**art. 1227 c.c.**).

Sotto tale profilo, deve ritenersi che il danno lamentato ben avrebbe potuto essere consistentemente ridimensionato qualora la ricorrente, avvalendosi della facoltà riconosciuta ai titolari di concessione privi di reti dalla legge n. 650 del 1996, nonchè dal decreto legge 23 gennaio 2001 n. 5, convertito in legge 20 marzo 2001 n. 66, avesse proceduto all'acquisto di proprie frequenze sul mercato. L'art. 1 del decreto legge 5/01 prevedeva infatti che fino all'attuazione del piano nazionale di assegnazione delle frequenze televisive in tecnica digitale erano consentiti *"I trasferimenti di impianti o rami di azienda tra emittenti televisive locali private e tra queste e i concessionari televisivi nazionali che alla data di entrata in vigore del presente decreto, non abbiano raggiunto la copertura del 75% del territorio nazionale"*.

Neppure la ricorrente può argomentare che tale attività commerciale avrebbe comportato dei costi connessi all'acquisto delle frequenze dai privati, poiché i predetti costi avrebbero potuto essere portati in detrazione rispetto ai costi che la ricorrente avrebbe comunque dovuto sostenere come oneri concessori collegati al rilascio di frequenze da parte del Ministero.

Né parte ricorrente ha dedotto, come sarebbe stato suo preciso onere, l'esorbitanza degli uni rispetto agli altri a giustificazione della propria condotta inerte (salvo che sul versante delle molteplici iniziative legali).

Sempre sotto tale profilo, nella denegata ipotesi in cui il Collegio ritenesse dovuto un qualche risarcimento del danno per equivalente, comunque dal relativo ammontare dovrebbe essere scorporato ogni utile che l'impresa ricorrente avrebbe potuto conseguire riutilizzando in modo appropriato gli investimenti che assume di aver effettuato per dare esecuzione al provvedimento di concessione. (ad es: attraverso il fitto degli studi televisivi ad altre emittenti ed in genere di tutti i locali acquisiti in proprietà ovvero in godimento).

Riassumendo tutte le argomentazioni fin qui esposte, si possono trarre le seguenti

CONCLUSIONI

1. il pronunciamento della Corte di Giustizia sopra citato **non legittima ex se il riconoscimento di situazioni giuridiche di diritto soggettivo.**

La lettura della sentenza lascia piuttosto propendere per il riconoscimento di un mero interesse legittimo, in capo alla ricorrente, di natura procedurale, avente ad oggetto la sola conformità della procedura attributiva delle frequenze a criteri di trasparenza, obiettività, proporzionalità e non discriminazione. La Corte, infatti, qualifica in termini di non conformità ai principi comunitari la normativa nazionale che non rispetti le condizioni summenzionate.

2. rimane in ogni caso tutto da valutare, ad opera dell'Ecc.mo Giudice *a quo*, se la disapplicazione richiesta *ex adverso* possa concernere pure casi di concessione incompleta, quale quello all'esame; l'Amministrazione non aveva invero l'attuale disponibilità dell'oggetto (le frequenze) da assegnare, e per tale ragione **la procedura concessoria non si è mai potuta perfezionare.** Il problema dell'assenza delle frequenze non era, però, meramente procedimentale (ossia un problema di loro individuazione ed imparziale distribuzione), ma invece obiettivamente sostanziale (in quanto la disciplina giuridica non consentiva, a monte, il repetimento di frequenze disponibili);

3. la dichiarata non conformità della disciplina italiana in materia di comunicazioni elettroniche con le direttive comunitarie, inoltre, non si pone, a ben vedere, in una relazione causale diretta con l'asserita mancata disponibilità di frequenze da parte di Centro Europa 7.

Essa, in quanto concessionaria, era pienamente abilitata ad acquisire anche di sua iniziativa le frequenze di cui abbisognava attraverso il *trading* (la esclusiva attribuzione legislativa della facoltà di trading sulle frequenze ai soggetti muniti di concessione è stata perfino recentemente addebitata allo Stato italiano dalla Commissione UE, nel 2006, quale "diritto speciale" vietato dalle direttive europee).

4. la ricorrente, inoltre, pur avendone l'onere, non ha nemmeno tentato di dimostrare che un'eventuale disapplicazione della normativa interna avrebbe sicuramente condotto alla assegnazione a suo profitto delle frequenze, e quindi al perfezionamento del suo atto di concessione. Di contro, le sue deduzioni obliterano completamente l'incidenza rinveniente anche da ulteriori fattori, diversi dalla mera prosecuzione dell'attività delle reti eccedenti. In particolare, assumono qui rilievo i ricorsi presentati da Rete Capri, Rete Mia e Rete A, avverso il diniego di rilascio della concessione televisiva, accolti in sede cautelare dal Giudice amministrativo, che ricorsi che pure hanno determinato, in concorso con altre cause, l'inattuabilità del Piano di assegnazione delle frequenze (che prevedeva solo 8 emittenti private, oltre le 3 concessionarie pubbliche);

5. anche a volere ipotizzare, per un attimo, la disapplicabilità della sola normativa che ha reiterato negli anni il riconoscimento della possibilità per l'emittente Rete 4 di continuare ad operare (e cioè la normativa contenuta nella legge 249/97, nella legge

66/01, nella legge 43/2003, assorbita nella successiva nella legge 112/04), ne risulterebbe, tuttavia, confermato che una simile disapplicazione non consentirebbe di conseguire l'obiettivo dichiaratamente perseguito dalla ricorrente.

In primo luogo, tale disapplicazione non basterebbe ad attuare il portato della pronuncia della Corte di Giustizia. In secondo luogo, resterebbe tutto da dimostrare che tale disapplicazione avrebbe effettivamente consentito alla Rete Europa 7 l'attribuzione del bene della vita cui essa aspira. In termini contrari si è infatti già pronunciato il Tar con la sentenza n. 9319/04, nel procedimento instaurato dalla medesima ricorrente avverso il provvedimento con il quale l'Amministrazione abilitava la società RTI a proseguire l'attività di radiodiffusione televisiva privata in ambito nazionale con la denominazione Retequattro.

Nel predetto arresto, invero, il Tar, nell'escludere che l'atto asseritamente lesivo della posizione giuridica della ricorrente potesse essere individuato nel gravato decreto di abilitazione provvisoria rilasciato alla controinteressata RTI, ("atto- quest'ultimo – neutro o quanto meno provo di conseguenze dirette ed univoche in ordine all'attribuzione delle frequenze alla ricorrente"), evidenziava che "l'annullamento dell'atto impugnato, di abilitazione provvisoria a Retequattro, se è vero che determinerebbe la disattivazione della Rete, non comporterebbe affatto l'auspicata attribuzione di frequenze alla ricorrente, difettando tra l'altro i necessari presupposti normativi rappresentati in primis dai criteri e indicazioni per la realizzazione del Piano di adeguamento in tecnica analogica terrestre da parte dell'Autorità Garante per le Comunicazioni".

In tale eventualità, infatti, si sarebbe preliminarmente dovuto procedere ad un riordino di tutte le frequenze esistenti, e ad una loro formale messa a disposizione della generalità delle concessionarie vincitrici, assieme ad Europa 7, della gara del 1999 per l'emittenza nazionale.

In caso contrario, si sarebbe agito in aperto e consapevole contrasto della normazione comunitaria, che come si è visto impone principi di trasparenza e non discriminatorietà. Solo l'attuazione del piano nazionale di assegnazione delle frequenze è invece garanzia del rispetto dei predetti principi.

Altra ragione che fa escludere che una ipotetica disapplicazione della normativa nazionale di cui ha beneficiato Rete 4 avrebbe avvantaggiato direttamente ed necessariamente Europa 7, si riconduce al plurimo contenzioso nel frattempo (e ancora oggi in parte) in atto, delle altre Reti escluse dalla gara perché non utilmente collocate in graduatoria. Tali emittenti avrebbero potuto aspirare, infatti, ad analogo riconoscimento, allegando titoli in qualche modo assimilabili.

6. Sempre con riferimento ai rapporti tra le norme dei due ordini in esame, merita poi la massima evidenza il seguente punto: non sarebbe in alcun caso consentito ritenere che le Amministrazioni intimate, dovendo ravvisare, in ipotesi, l'illegittimità della normativa nazionale per contrasto con la normativa comunitaria più volte citata, avrebbero dovuto disapplicarla.

Una simile valutazione di illegittimità comunitaria, infatti, era del tutto carente di possibilità di evidenza. E ciò pare francamente dimostrato nel modo più netto già dalla

circostanza che la stessa Corte Costituzionale aveva confermato la legittimità della normativa nazionale fino al 31.12.2003; lo stesso Ecc.mo Consiglio di Stato procedente, del resto, non ha neppure esso stesso disapplicato la normativa asseritamente illegittima per violazione degli obblighi comunitari, ma ha ritenuto di non poter prescindere dal rimettere la relativa questione alla Corte di Giustizia.

7. Una volta esclusa, sotto ogni profilo, una responsabilità dell'Amministrazione per omessa disapplicazione delle norme interne asseritamente in contrasto con gli impegni comunitari, non essendosi tale contrasto mai reso chiaro quanto meno fino all'interpretazione resa dalla Corte di Giustizia con la decisione del 30 gennaio 2008, residuerebbe per la ricorrente la sola possibilità di costruire l'ingiustizia del danno da essa lamentato quale conseguenza di un illecito del legislatore nazionale (che, appunto, avrebbe omesso di conformare l'ordinamento interno ai principi comunitari).

Ma siffatta ricostruzione non troverebbe alcun aggancio nella domanda di parte, né nel ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, né nel ricorso di appello. Ne consegue che un simile percorso logico non potrebbe certo essere operato per la prima volta in sentenza, attraverso una inammissibile ***mutatio libelli***.

Per tutto quanto sopra esposto ed argomentato le resistenti Amministrazioni formulano le seguenti

CONCLUSIONI

Voglia l'Ecc.mo Consiglio di Stato, contrariis rejectis, dichiarare l'avverso ricorso preliminarmente inammissibile per mancata impugnazione dell'atto amministrativo presuntivamente lesivo.

Ovvero, in subordine, inammissibile per la sopravvenuta carenza di interesse a causa della intervenuta decadenza dalla concessione.

Nel merito rigettare il ricorso perché da ritenersi infondata sotto ogni profilo la domanda di risarcimento in forma specifica, nonché quella subordinata per equivalente.

Spese vinte.

Roma 30 aprile 2008

Maurizio Di Carlo
Avvocato dello Stato